

IGUALDAD, DISCRIMINACIÓN Y DIFERENCIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ana Garriga Domínguez

Universidad de Vigo

SUMARIO: I. *Igualdad ante la Ley: igualdad en la Ley e igualdad en aplicación de la Ley:* A) Introducción. B) Igualdad en aplicación de la Ley: 1) Un mismo órgano judicial; 2) Identidad de supuestos de hecho; 3) Cambio de criterio o modificación arbitraria; 4) La justificación del cambio de criterio. C) Igualdad en la Ley: 1) Límite frente a los poderes con potestad normativa; 2) El término de comparación adecuado; 3) La justificación objetiva y razonable.—II. *Igualdad y discriminación.*—III. *Igualdad material:* A) La igualdad como exigencia de diferenciación. B) La acción positiva según el Tribunal Constitucional.



A igualdad es de esas expresiones que han sido y son utilizadas con numerosos y diversos significados, con contenido dispar. Es un término cargado de un fuerte contenido emocional. En nombre de la igualdad se defienden determinadas pretensiones y también las contrarias. Así, por ejemplo, un cierto entendimiento de la igualdad sirve para reivindicar las, hoy tan de actualidad, cuotas femeninas en las candidaturas electorales y es, asimismo, fundamento para rechazarlas. Una de las razones para tanta confusión es que, al igual que ocurre con

otros valores fundamentales, guarda una estrecha relación con otros principios dirigidos al desarrollo ético-social de la comunidad humana. Este hecho, para Pérez Luño, «*junto con la diversidad de planos y etapas históricas en los que ha venido siendo utilizada ha sido el motivo de su diversidad significativa.*»¹

De la igualdad se dice también que «*es uno de esos conceptos transparentes y evidentes que tienen el inconveniente de perder toda transparencia y evidencia tan pronto como uno se pregunta en qué consisten*»². La dificultad para establecer su significado estriba fundamentalmente en su indeterminación, «*de modo que decir que dos entes son iguales, sin otra determinación, nada significa en el lenguaje político*»³. Es necesario especificar de qué entes se trata y respecto de qué cosas son iguales, o lo que es lo mismo, debe responderse a las preguntas: «a) «*¿Igualdad entre quiénes?*», y b) «*¿Igualdad en qué?*»»⁴.

La idea de igualdad sólo tiene sentido cuando se ponen en relación al menos dos objetos. Uno será más o menos igual al otro. Por tanto, para determinar si el trato dado a una persona «*es igual*» hay que determinar respecto de qué y de quién. No ajeno a esta cuestión, el Tribunal Constitucional ha venido estableciendo que no es posible entender la igualdad de forma autónoma, ya que su contenido ha de venir siempre establecido respecto de relaciones jurídicas concretas⁵.

Este trabajo intentará dar respuesta desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a esas dos cuestiones, pues resulta evidente que la igualdad en nuestra Constitución no es absoluta «*entre todos y en todo*» y, en determinadas circunstancias, igualdad significará diferencia o diferenciación.

La constatación de que el principio de igualdad ante la ley del artículo 14 de la Constitución comprende varios aspectos, así como la necesidad de efectuar su diferenciación ha sido una constante del Tribunal Constitucional desde sus primeras sentencias. Por otra parte, es evidente que las cues-

¹ PÉREZ LUÑO, A. E., «El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, Universidad Complutense, enero de 1982, p. 258.

² MATE, R. M., *Pensar la igualdad y la diferencia. Una reflexión filosófica*, Fundación Argentaria, Madrid, 1995, p. 9.

³ BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, 1.ª edición, Ediciones Paidós, Barcelona, 1993, p. 53.

⁴ *Ibidem*, p. 54.

⁵ Entre otras, STC 76/1983, de 5 de agosto.

tiones sobre la igualdad no se agotan en el artículo 14 de nuestra Norma Fundamental, pues el reconocimiento de la igualdad como valor constitucional la ha convertido «*en criterio general que inspira el ordenamiento en su conjunto y sirve de criterio de interpretación e integración del ordenamiento y, dentro de él, de la propia Constitución*»⁶. Por otra parte, a lo largo de todo el texto constitucional son muchas las referencias implícitas o expresas a la igualdad⁷ y, aunque se tratarán algunas, este trabajo tomará como punto de partida para su análisis el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución.

I. IGUALDAD ANTE LA LEY: IGUALDAD EN LA LEY E IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

A) Introducción

El principio de igualdad ante la Ley o igualdad formal, conquista propia del Estado liberal, «*supone la identificación del destinatario del Derecho con el homo iuridicus*»⁸, es decir, supone que todos los ciudadanos son receptores de las normas de igual manera y que, tanto en su contenido como en su aplicación, reciben idéntico trato. Es decir, la ley debe aplicarse conforme a la ley, «*sin otras distinciones de supuestos o casos que los determinados con la propia norma*»⁹. En determinadas ocasiones la aplicación desigual de la norma se confunde con su inaplicación y así, la inaplicación de una norma general de forma también general, con abstracción de sus

⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 20-21.

⁷ El presente trabajo no abordará sin embargo la discusión doctrinal en torno a la cuestión de si la igualdad en la Constitución de 1978 debe ser entendida como un derecho subjetivo, un valor superior del ordenamiento, un principio constitucional o como una «*regla general*» de política legislativa. Sobre este tema, *vid.*, entre otros, SANTAMARÍA IBEAS, J. J., *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Libertad, justicia, igualdad y pluralismo político*, Universidad de Burgos-Dykinson, Madrid, 1997, en especial pp. 288 y ss.

Asimismo, *vid.* PUY, F., «El derecho a la igualdad en la Constitución española», en *El principio de igualdad en la Constitución española, XI Jornadas de estudio*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 131-155.

⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, 1.ª edición, Tecnos, Madrid, 1984, p. 152.

⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, *ob. cit.*, p. 21.



destinatarios supone, en ocasiones, no una violación del principio de igualdad, sino que afectará al principio de legalidad¹⁰.

En repetidas ocasiones el Tribunal Constitucional ha constatado que la evolución del principio de igualdad ha derivado en la tradición constitucional europea, del derecho a que la Ley sea aplicada a todos por igual, sin tener en cuenta criterios distintos de los contenidos en la propia Ley. Por ello, el principio de igualdad se identificaba en la práctica con el principio de legalidad, *«puesto que cualquier aplicación inigualitaria de la Ley era una violación de la Ley misma»*¹¹. Sin embargo, la evolución de este principio ha ampliado su significado y se ha derivado de él *«también un derecho frente al legislador (o más generalmente frente al autor de la norma), cuyas decisiones pueden así ser anuladas por la jurisdicción competente cuando establezcan distinciones basadas en criterios específicamente prohibidos (raza, sexo, etc.) o que no guarden una razonable conexión con la finalidad de la propia norma»*¹².

¹⁰ Vid. LAPORTA, F. J., *El principio de igualdad: introducción a su análisis*, Sistema, número 67, 1985, pp. 7-8.

Lo que denominamos igualdad ante la Ley *«no significa otra cosa sino aplicación de la Ley en conformidad consigo misma, es decir, aplicación correcta cualquier, que sea el contenido de esta ley»*, ya que *«la igualdad ante la Ley no es, pues, igualdad, sino conformidad a la norma»*. KELSEN, H., *Justicia y Derecho natural*. En KELSEN, BOBBIO y otros., *Crítica del Derecho natural*, Taurus, Trad. de Elías Díaz, Madrid, 1966.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de manifestarse sobre esta cuestión en sentencia 20/1981, de 11 de junio, en la que distingue el principio de igualdad ante la Ley del de jerarquía normativa. Se analiza el artículo 9.1 de la Orden de 15 de junio de 1978 que da lugar a situaciones distintas de pensiones de jubilación, por lo que los recurrentes alegan un tratamiento desigual vedado por el artículo 14 de la Constitución. Sin embargo, entiende el Tribunal que *«la ilegalidad no está en la discriminación jurídica por alguna de las causas que en fórmula abierta proscriben el invocado precepto constitucional; la ilegalidad está (...) en la vulneración del principio de jerarquía normativa, por cuanto el artículo 9.1 carece de la cobertura de norma habilitante y, por el contrario, se opone a disposición superior»*.

Tampoco en la sentencia 39/1985, de 11 de marzo, el Tribunal Constitucional apreciará la violación invocada por el recurrente del principio de igualdad por la contradictoria aplicación de la regla procesal por parte de la Audiencia de Granada, en relación con la aplicación distinta que de la misma norma habían hecho otras Audiencias. Como se trata de *«la Ley que organiza la distribución competencial, y estas reglas no confieren marco alguno de discrecionalidad judicial, la denunciada disparidad de tratamiento por obra de un acto jurisdiccional sería sólo relevante en cuanto violación de la Ley —en el caso, la regla del art. 10.1.b) LJCA— y no como violación del principio de igualdad»*.

Es decir, en aquellos supuestos en los que la norma jurídica deja un margen de apreciación para su aplicación muy escaso, *«la aplicación desigual de la Ley se confunde con una inaplicación de la propia Ley, y, en consecuencia, no resultará necesario utilizar la vía de la igualdad, sino que jugará el principio de legalidad»*. RODRÍGUEZ-PINERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, ob. cit., p. 21.

¹¹ STC 68/1991, de 8 de abril.

¹² *Ibidem*.



No obstante, este nuevo significado no supone la eliminación del anterior, no lo sustituye sino que lo amplía.

Inicialmente la igualdad ante la Ley se identifica con los requisitos de generalidad y abstracción de la norma jurídica, esto es, «*con la exigencia de una tipificación en términos impersonales y universales de los supuestos que han de servir de base para la atribución de determinadas consecuencias jurídicas*»¹³. Sin embargo, el paso del tiempo ha demostrado que la generalidad no es suficiente para satisfacer la igualdad. Actualmente la norma jurídica ha de establecer diferencias ante la variedad y diversidad de situaciones que debe regular. Ello ha supuesto que el principio de igualdad haya «*alcanzado un sentido valorativo como mandato que se impone al legislador en su tarea de establecer tratamientos jurídicos diferenciados*»¹⁴.

Tradicionalmente el Tribunal Constitucional ha venido estableciendo que el principio de igualdad ante la Ley que la Constitución garantiza en su artículo 14 opera en dos planos distintos:

a) El principio de igualdad en la Ley, que actúa frente al legislador y frente al poder reglamentario impidiendo que en la norma puedan configurar supuestos de hecho, «*de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación*»¹⁵. Es decir, la igualdad en la Ley supone que las normas adoptadas por el legislador, así como todas las normas generales aprobadas por el ejecutivo, «*traten igualmente a los iguales, de modo que no se introduzcan diferencias injustas, irrazonables o arbitrarias entre los sujetos cuyos derechos y deberes regulan tales normas*»¹⁶.

b) El principio de igualdad en la aplicación de la Ley, que obliga a que ésta sea aplicada de forma igual a todos aquellos que se encuentran en

¹³ PÉREZ LUÑO, A. E., *El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales*, ob. cit., p. 262.

Sobre esta cuestión, vid. asimismo PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, ob. cit., pp. 152 y 153, y LAPORTA, F. J., *El principio de igualdad: introducción a su análisis*, ob. cit., pp. 6 y ss.

¹⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *El principio de igualdad y el Derecho del Trabajo*; en AA.VV., *El principio de igualdad en la Constitución española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1070.

¹⁵ STC 144/1988, de 12 de julio.

¹⁶ RUIZ MIGUEL, A., *Las huellas de la igualdad en la Constitución*; en MATE RUPÉREZ, M. R. (ed.), *Pensar la igualdad y la diferencia. Una reflexión filosófica*, Fundación Argentaria, Madrid, 1995, p. 111.

la misma situación y por tanto prohíbe que el aplicador «establezca diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias distintas de las presentes en la propia norma»¹⁷.

Además de esta distinción básica, el Tribunal Constitucional, en relación con el tema que nos ocupa, ha recurrido con frecuencia a la diferenciación clásica entre igualdad formal e igualdad substancial, material o real. El primero de los conceptos supone la garantía de trato de todos los destinatarios de la norma jurídica tanto en la ley como en su aplicación, mientras que la igualdad material viene siendo entendida tradicionalmente como la reinterpretación en el Estado social de Derecho de la igualdad formal «*que, teniendo en cuenta la posición real en que se encuentran los ciudadanos, tiende a una equiparación real y efectiva de los mismos*»¹⁸.

B) La igualdad en aplicación de la Ley

La igualdad en la aplicación en la Ley nace de la idea liberal de igualdad ante la Ley que progresivamente será entendida como aquella. No se trata ya de que «*La Ley sea general e impersonal, sino que su aplicación por los poderes públicos encargados de esa tarea se haga*»¹⁹ sin excepciones y sin consideraciones personales. Es decir, lo que la igualdad en la aplicación de la Ley exige es que se aplique la norma general de forma también general con abstracción de personas concretas, ya que de lo contrario se rompería la igualdad, con independencia de que la norma aplicada fuera abstracta y general.

Tempranamente el Tribunal Constitucional perfiló el concepto de igualdad en aplicación de la Ley. De acuerdo con su doctrina, para que este principio sea vulnerado no es suficiente la mera desigualdad entre fallos de diversos casos aparentemente iguales en sus supuestos de hecho, ya que las diferencias entre los fallos pueden tener su justa razón de ser, o bien en la falta de identidad de los hechos probados, o bien en el margen de apreciación del juzgador, indisociable de su función. Para que en la aplicación juris-

¹⁷ STC 144/1988, de 12 de julio.

¹⁸ CARMONA CUENCA, E., «El principio de igualdad material en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 84, abril-junio, 1994.

¹⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, ob. cit., p. 20.

diccional de la ley exista violación del principio de igualdad es necesario que *«un mismo precepto se aplique en casos iguales con notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias (esto es, no fundadas en razones jurídicamente atendibles) o con apoyo en alguna de las causas de discriminación explícita o genéricamente incluidas en el artículo 14 CE»*²⁰.

Por tanto, no es suficiente para que se conculque el principio de igualdad jurídica en su sentido de igualdad en aplicación de la Ley que distintos órganos judiciales, ante situaciones aparentemente iguales, se pronuncien de forma diferente. Cuando la Constitución dispone que todos los españoles son iguales ante la Ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual imponiendo a los poderes públicos la obligación de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita el poder de los órganos legislativos y de aquellos encargados de la aplicación de las normas. Ahora bien, la igualdad del artículo 14, dice el Tribunal Constitucional, es la igualdad jurídica o igualdad ante la Ley, y *«no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva. Significa que a los supuestos de hecho iguales deben serle aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también, y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados»*²¹. Pero la igualdad ante la Ley va más allá de la igualdad de trato dado por la Ley o igualdad en la Ley, ya que es asimismo igualdad en la aplicación de la Ley. Esto impone que *«un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable»*²².

Es decir, la igualdad del artículo 14 no es una igualdad absoluta entre todos y en todo, sino que admite la diferenciación de trato, en el contenido o en la aplicación de la Ley, cuando ésta no sea arbitraria por estar razonablemente justificada.

Con argumentos como el anterior, el Tribunal Constitucional ha venido estableciendo las pautas y elementos que se han de tener en cuenta para poder apreciar la existencia o no de desigualdad en la aplicación de la Ley:

²⁰ STC 8/1981, de 30 de marzo.

²¹ STC 49/1982, de 14 de julio.

²² *Ibidem*.

exigencia de que se trate de un mismo órgano judicial²³; exigencia de un término de comparación y exigencia de fundamentación suficiente y razonable.

1) UN MISMO ÓRGANO JUDICIAL

En primer lugar, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional²⁴, «*el principio de igualdad en la aplicación de la Ley sólo puede ser invocado en caso de que las resoluciones aducidas procedan del mismo órgano judicial*»²⁵. Pues cuando sean dos órganos jurisdiccionales distintos los que hayan aplicado de forma distinta una norma concreta, «*la institución que realiza el principio de igualdad y a través de la que se busca la uniformidad es la jurisprudencia, encomendada a órganos jurisdiccionales de superior rango*»²⁶. Además, en este caso el principio de igualdad en aplicación de la Ley necesariamente ha «*de cohonestarse con el principio de independencia de los órganos encargados de la aplicación de la Ley cuando éstos son órganos jurisdiccionales*»²⁷.

Es perfectamente compatible con la igualdad en aplicación de la Ley que distintos órganos judiciales fallen de forma desigual ante supuestos de hecho que en principio pudieran parecer idénticos, ya sea porque no exista identidad en los hechos probados, ya sea por el margen de apreciación del que el juzgador goza en el ejercicio de su función.

Este margen de apreciación derivaría directamente de la independencia judicial declarada en la Constitución y en la Ley Orgánica del Poder Judicial. La independencia judicial exige que los juzgadores, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional y en el cumplimiento de su función, queden sometidos única y exclusivamente a la Ley. Ello supone que cuando el Juez

²³ Resulta llamativa para ANDRÉS OLLERO esta exigencia, ya que desde la perspectiva estricta de la igualdad «*no es menos desigualmente tratado un ciudadano respecto a otro porque sea el mismo o diverso órgano el responsable*». OLLERO, A., *Igualdad en la aplicación de la Ley y precedente judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 22.

²⁴ Entre otras, SSTC 2/1983, de 24 de enero; 105/1987, de 22 de junio; 17/1988, de 20 de junio; 126/1988, de 24 de junio; 132/1988, de 4 de julio; 73/1988, de 21 de abril, y, más recientemente, 25/1999, de 8 de marzo, y 59/2000, de 2 de marzo.

²⁵ STC 260/1988, de 22 de diciembre.

²⁶ STC 49/1982, de 14 de julio.

²⁷ *Ibidem*.

aplica el Derecho objetivo al caso concreto, cuando aplica la Ley, esa aplicación queda «*sujeta a su leal comprensión de la misma*»²⁸.

La función judicial, que fundamentalmente se refleja y traduce en las resoluciones y sentencias de los Jueces y Tribunales, «*no es automática o de pura subsunción, sino reflexiva; no es fruto de un mero voluntarismo, sino de resoluciones contrastadas por los hechos, por las normas (sujeción a la Ley) y, en definitiva, por la Constitución*»²⁹. Por ello es posible el cambio en las decisiones. Son varias las razones que pueden motivar esa variación: por las nuevas circunstancias, por los hechos que integran la *causa petendi*, «*o bien porque, aun permaneciendo los hechos iguales abstractamente considerados, su significación haya cambiado en el nuevo contexto social y sean merecedores de otra interpretación de la norma aplicable*»³⁰.

Se admite, por tanto, que el Juez interpreta exigencias jurídicas reales buscándoles apoyo en la norma disponible, reconociendo a los órganos judiciales «*un papel de motor en el dinamismo jurídico (...) . Nos encontramos ante una función netamente "creativa" que, precisamente por su historicidad, se verá siempre acompañada de cambios*»³¹. Ello va a suponer que no es contrario al principio de igualdad ante la Ley el supuesto en el que, ante unos mismos hechos, «*un Juez, plenamente autónomo e independiente en el acto de juzgar, (haya) dictado de forma motivada un pronunciamiento que en algunos aspectos concretos no coincide con el de otros Jueces igualmente autónomos*»³², incluso en el caso de que los diferentes pronunciamientos fueran contradictorios.

El principio de igualdad en su versión de igualdad en aplicación de la Ley protege a los justiciables frente a divergencias arbitrarias, el capricho o

²⁸ MONTERO AROCA, J., *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, tirat lo blanch, Valencia, 1999. Para este autor, al no ser la aplicación de la Ley al caso concreto una operación matemática, «*cabe incluso cuestionarse en qué medida existe en la realidad la vinculación judicial a la Ley*».

Sin embargo como destaca RAFAEL DE ASÍS, el principio de independencia judicial se encuentra estrechamente conectado con el de sometimiento al Derecho, por lo que el Juez debe adoptar la solución que considere jurídicamente correcta y no «*puede ampararse en su conciencia para adoptar una solución no ajustada al Derecho*». DE ASÍS ROIG, R., *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 89.

²⁹ STC 120/1987, de 10 de julio.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ OLLERO, A., «*Justicia y seguridad: el trasfondo axiológico de la igualdad en la aplicación de la Ley*», en *El principio de igualdad en la Constitución española, XI Jornadas de estudio*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 393.

³² STC 58/1986, de 14 de mayo.

el favoritismo del órgano judicial, impidiendo que en sus resoluciones judiciales no reciban un trato igual y sean discriminados entre ellos. Ahora bien, dicho principio no va a suponer que la ley deba recibir siempre la misma interpretación:

«Ni el principio de igualdad ni su configuración como derecho subjetivo permiten asegurar un tratamiento idéntico, uniforme o unificado por los distintos órganos judiciales, ya que el repetido principio ha de hacerse compatible con el principio de independencia de los mencionados órganos»³³.

Es más, dicho principio tampoco va a asegurar la uniformidad en las resoluciones de las distintas Salas o Secciones que forman parte de un mismo órgano judicial, en especial cuando exista reparto de materias entre las mismas, ya que *«la Constitución no impone una convergencia interpretativa a esos órganos o Salas»³⁴*. Ello es así aun reconociendo el valor que en el Estado de Derecho tiene la homogeneidad en la interpretación del Derecho objetivo, así como el principio de seguridad jurídica que consagra el artículo 9.3 de la Constitución. Pues ambos objetivos han de obtenerse *«sin mengua de la independencia judicial, que es también un componente esencial de la noción de Estado de Derecho y un principio estructural consagrado (art. 117.1) por nuestra Constitución»³⁵*.

Por lo tanto, de lo dicho hasta aquí puede concluirse que al Tribunal Constitucional sólo le va a corresponder resolver aquellas situaciones de supuesta desigualdad en aplicación de la Ley cuando las resoluciones cuestionadas procedan de un mismo órgano jurisdiccional, ya que de lo contrario estaría realizando una labor de unificación de las posibles divergencias en la interpretación de las leyes, que es función exclusiva de los Tribunales Superiores a través de los recursos previstos en las leyes procesales. Si el Tribunal Constitucional entrase a valorar las resoluciones de distintos órganos judiciales sobre cuestiones idénticas a través del recurso de amparo, correría el riesgo de convertirse en un *«Tribunal de casación universal res-*

³³ STC 183/1991, de 30 de septiembre.

³⁴ STC 200/1990, de 10 de diciembre.

Ahora bien, se considerará que se trata del mismo órgano judicial y, por tanto, se cumplirá el primero de los requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional para apreciar vulneración del principio de igualdad en aquéllos casos en los que resuelva una misma Sala o Sección, aun cuando hubiese cambiado algún Magistrado. Así, STC 25/1999, de 8 de marzo.

³⁵ STC 144/1988, de 12 de julio.

*pecto de aquellas resoluciones contra las que el ordenamiento no prevea mecanismos para asegurar tal igualdad en la aplicación judicial de la Ley»*³⁶.

2) IDENTIDAD DE SUPUESTOS DE HECHO

Para poder conocer si un órgano judicial se ha apartado arbitrariamente del sentido de sus decisiones precedentes es necesario que éstas versen sobre cuestiones o supuestos substancialmente idénticos, sobre casos *«exactamente iguales desde la perspectiva jurídica con la que se les enjuició»*³⁷. Solamente tendrá sentido hablar de desigual aplicación de la Ley cuando la identidad de supuestos sea resuelta de forma distinta. Pues, obviamente, si los hechos son distintos, el distinto fallo del órgano judicial nunca podrá entenderse contrario al principio de igualdad en la aplicación de la Ley.

Este segundo requisito aparece como un elemento previo a la posibilidad de comparación entre los juicios que hayan recaído sobre ellos, y *«sólo después de constatarse tal similitud comenzará a juzgarse sobre el alcance constitucional del caso»*³⁸.

A diferencia de lo que sucede en los supuestos de igualdad en la Ley, la comparación habrá de plantearse entre dos o más situaciones de hecho y no en la atribución de distintas consecuencias jurídicas de las que se prevén con carácter general por una norma. Además, la exigencia por el Tribunal Constitucional del término de comparación es muy alta, *«no basta con una invocación puramente formal de una jurisprudencia que no se acredita, ni tampoco sirven supuestos que más que divergencias de tipo interpretativo lo que vienen a demostrar es que no hay una jurisprudencia clara en la materia»*³⁹.

Concretamente, para el Tribunal Constitucional no es bastante con verificar la identidad de los supuestos de hecho y comprobar la diferencia

³⁶ STC 183/1991, de 30 de septiembre. En el mismo sentido, entre otras, STC 190/1988, de 17 de octubre.

³⁷ STC 25/1999, de 8 de marzo.

³⁸ OLLERO, A., *Igualdad en la aplicación de la Ley y precedente judicial*, ob. cit., p. 23.

³⁹ SUAY RINCÓN, J., «El principio de igualdad en la jurisprudencia de Tribunal Constitucional», en *Estudios sobre la Constitución Española*. Libro homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, tomo II, Cívitas, Madrid, 1991, p. 870.

de trato entre los mismos, ya que si bien éstos son elementos necesarios, no son suficientes. Han de tomarse en consideración al menos otros dos aspectos. El primero, la realidad misma del apartamiento por un mismo órgano judicial de sus anteriores decisiones, *«recayendo sobre quien esgrima la desigualdad la carga de aportar los precedentes de los que la resolución atacada se haya apartado, exigencia ésta que no queda cubierta citando cualquier precedente aislado, sino una concreta y definida orientación jurisprudencial de la que sean predicables los rasgos de generalidad, continuidad y firmeza»*⁴⁰.

Es además necesario y se configura como presupuesto inexcusable para que el Tribunal Constitucional examine la queja que quien invoque la posible desigualdad en la aplicación de la Ley ofrezca un término de comparación adecuado, *«consistente en la identificación de decisiones anteriores del mismo órgano judicial que hayan resuelto de manera diversa en supuestos no diferentes a aquel en el cual recayó la resolución impugnada y reputada de discriminatoria»*⁴¹. Esto supone que no es suficiente con la invocación puramente formal de la jurisprudencia. Asimismo, para el Tribunal Constitucional no tendrán el carácter de precedente y por tanto no serán término de comparación adecuado cualquier pronunciamiento anterior del órgano judicial, y sólo lo constituirá *«aquella línea jurisprudencial que constituya ya doctrina consolidada (ya que cuando) los Tribunales comienzan a interpretar y aplicar una nueva normativa no es realista exigir que todos sus pronunciamientos sean idénticos o que cada uno de ellos haya de estimarse precedente obligado de los que le siguen»*⁴².

El rigor del Tribunal Constitucional a la hora de exigir el adecuado término de referencia se explica por dos razones. La primera es la más

⁴⁰ STC 142/1985, de 23 de octubre.

Tampoco será válida la alegación de precedentes administrativos no confirmados judicialmente, considerados por el Tribunal Constitucional *«ineficaces para fundamentar un reproche de discriminación dirigido contra otro supuesto posterior sí confirmado por un órgano judicial»*. STC 194/1999, de 25 de octubre. Con anterioridad, entre otras, SSTC 62/1987, de 20 de mayo; 167/1995, de 20 de noviembre, y 14/1999, de 22 de febrero. En efecto, el Tribunal Constitucional constante y reiteradamente ha venido estableciendo que el *«precedente administrativo no sancionado por resolución judicial carece de toda idoneidad para articular un eventual juicio de igualdad en la aplicación de la Ley»*, ni la invocación de la hipotética desigualdad resultante de la diferencia de entre actos administrativos puede fundamentar una pretensión ante el Tribunal Constitucional, *«una vez que el acto supuestamente distinto a los que le precedieron ha sido enjuiciado, declarándose su validez por el Tribunal competente»* (STC 167/1995, de 20 de noviembre).

⁴¹ STC 42/1987, de 22 de abril.

⁴² STC 63/1984, de 21 de mayo.

obvia, pues si las denuncias de desigualdad van desprovistas de términos de comparación «*no es posible un juicio de constitucionalidad (ex art. 14 CE)*»⁴³. En segundo término, por las consecuencias que de ello derivan. Una vez constatada la realidad de que dos situaciones de hecho iguales han sido objeto de un tratamiento desigual por un mismo órgano judicial, «*la primera y fundamental consecuencia es que ya no es preciso demostrar nada más, como por ejemplo la arbitrariedad cometida*»⁴⁴. Es suficiente dicha constatación para que se haya producido una infracción del artículo 14 de la Constitución, siendo la única excepción a esta regla el cambio de criterio.

3) CAMBIO DE CRITERIO O MODIFICACIÓN ARBITRARIA

Una vez constatada la identidad de los supuestos de hecho, sólo queda comprobar si en las distintas respuestas dadas por el órgano judicial se fundamenta el cambio de criterio o se ha producido una modificación arbitraria. Este tercer elemento o requisito de la igualdad en aplicación de la Ley impone que, ante casos sustancialmente iguales, un mismo órgano jurisdiccional no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones. Sin embargo, esto no significa que el órgano judicial esté obligado a mantener el precedente, aunque cuando considere que debe apartarse de él deberá ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

Desde un primer momento el Tribunal Constitucional ha introducido la exigencia de que la igualdad en aplicación de la Ley «*se viola únicamente cuando la decisión sucesiva, además de carente de razonamiento justificatorio, cambia un criterio mantenido por el propio órgano judicial*»⁴⁵. Según esto no existe un mandato de igualdad absoluta que obligue siempre al tratamiento igual ante supuestos iguales⁴⁶. Mantener lo contrario supondría limitar la propia dinámica jurídica que se manifiesta «*en la razonable*

⁴³ STC 194/1999, de 25 de octubre.

⁴⁴ SUAY RINCÓN, J., *El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, ob. cit., p. 871.

⁴⁵ RUIZ MIGUEL, A., *Las huellas de la igualdad en la Constitución*, ob. cit., p. 113.

⁴⁶ En esta línea, las SSTC 104/1996, de 11 de junio, y 188/1998, de 28 de septiembre, entre otras, establecen que ni el principio de igualdad ni su configuración como derecho subjetivo permiten asegurar un tratamiento idéntico uniforme o unificado por los distintos órganos judiciales, pues este principio ha de hacerse compatible con el principio de independencia de dichos órganos.

*evolución en la interpretación y aplicación de la legalidad concretada en un cambio de criterio que legitima las diferencias de tratamiento»*⁴⁷.

La actividad jurídica, en cuanto búsqueda de la solución razonable no puede excluir «*el cambio de criterio (reajuste de principios) a la hora de interpretar una norma*»⁴⁸. En este sentido, para el Tribunal Constitucional el cambio de criterio no es sólo la facultad de modificar el criterio previo, sino que es incluso una necesidad «*cuando se alteren las circunstancias o cambie el propio pensamiento al respecto*»⁴⁹. Parece claro que si se respetase en todas las ocasiones el precedente se favorecería la estabilidad y la seguridad jurídica. Sin embargo, si se procediese de ese modo se extinguirían las posibilidades de progreso y cambio jurídico, pues «*el respeto absoluto al precedente acaba en inmovilismo, y llevado a sus últimas consecuencias supone la apelación a un argumento de autoridad basado en la tradición cuya existencia no puede justificarse satisfactoriamente*»⁵⁰.

Hasta ahora se ha dicho que basta que exista cambio de criterio para que la sentencia que establezca un pronunciamiento desigual no sea contraria al principio de igualdad. Con ello se está exigiendo que la desigual aplicación del Derecho objetivo a casos sustancialmente idénticos no sea arbitraria. Y será arbitraria sólo aquella diferencia de trato que obedezca «*a una deliberada modificación de los criterios de interpretación de la legalidad hasta entonces mantenidos, apreciable mediante cualquier elemento de juicio externo*»⁵¹. Es decir, será arbitraria aquella solución *ad hoc* que suponga una respuesta individualizada al caso concreto planteado, pero no aquella otra «*genérica, conscientemente diferenciada de la que anteriormente se venía manteniendo*»⁵².

Por tanto, lo que la igualdad en la aplicación de la Ley exige es que «*el intérprete no introduzca elementos discriminatorios (y que) sea fiel a su propio precedente*»⁵³, en el sentido de que no modifique arbitrariamente los criterios en lo que basó una anterior resolución ante un caso sustancial-

⁴⁷ STC 63/1984, de 21 de mayo.

⁴⁸ OLLERO, A., *Principio de igualdad y teoría del Derecho. Apuntes sobre la jurisprudencia relativa al artículo 14 de la Constitución*, ob. cit., p.189. Asimismo, para este autor, el fenómeno del cambio de criterio se justifica por el carácter histórico del Derecho (*Ibidem*, pp. 187-191).

⁴⁹ STC 49/1985, de 28 de marzo.

⁵⁰ SEGURA ORTEGA, M., *La racionalidad jurídica*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 86.

⁵¹ STC 142/1985, de 23 de octubre.

⁵² STC 49/1985, de 28 de marzo.

⁵³ GASCÓN ABELLÁN, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 63.

mente idéntico «*cuyo enjuiciamiento supone en todo caso la referencia a una decisión anterior (precedente)*»⁵⁴.

4) LA JUSTIFICACIÓN DEL CAMBIO DE CRITERIO

¿Cómo sabemos si estamos ante una decisión arbitraria o si el Juez o Tribunal han cambiado de criterio?

En una primera etapa el Tribunal Constitucional exigía que se expresase en la propia sentencia las razones del cambio en la interpretación de las normas aplicables a casos sustancialmente iguales. Si el órgano judicial no lo hacía así, se apreciaba vulneración automática del principio de igualdad. Sin embargo, con posterioridad este Tribunal ha rebajado el nivel de exigencia en la justificación del cambio de criterio. Por regla general, será suficiente que la diferente aplicación del Derecho suponga un cambio general y no una respuesta particular; pero al contrario que en la primera etapa, no será necesario «*en todos los casos que la justificación del cambio de criterio se exprese formalmente, pues lo trascendente para evitar la vulneración del principio de igualdad es la existencia del cambio mismo y no su exteriorización*»⁵⁵.

Para el Tribunal Constitucional la exigencia de la motivación expresa que justifique el apartamiento del precedente constituye una garantía tanto para evitar la arbitrariedad como de promoción de la seguridad jurídica⁵⁶, la cual exige que los ciudadanos estén razonablemente seguros acerca de la correcta interpretación de la legalidad, pudiendo adecuar a ella su comportamiento⁵⁷. No obstante, a juicio de este Tribunal no puede entenderse quebrado sin más el principio de igualdad cuando falte esa motivación

⁵⁴ *Ibidem*, p. 65.

⁵⁵ STC 49/1985, de 28 de marzo.

⁵⁶ Lo que exige la salvaguardia de los principios de igualdad y de seguridad jurídica es «*la explicitación razonable y justificada en armonía (...) con el deber judicial de motivar las sentencias*». STC 120/1987, de 10 de julio.

En este sentido, para RAFAEL DE ASÍS, respecto del Poder Judicial, la seguridad jurídica «*exige el control de su producción normativa, en el sentido de que las modificaciones que se puedan realizar en los enunciados judiciales generales no pueden ser arbitrarias*». En DE ASÍS ROIG, R., *Jueces y normas*, ob. cit., p. 247.

⁵⁷ La exigencia básica de la seguridad jurídica que el profesor PÉREZ LUÑO denomina *corrección funcional* supone, además de la garantía del cumplimiento del Derecho por todos sus destinatarios, la «*regularidad de actuación de los órganos encargados de su aplicación*». PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, 2.ª edición, Ariel, Barcelona, 1994, p. 35.

expresa, ya que, en ocasiones, ésta puede ser deducida con certeza de «*la propia lógica interna de la resolución o de datos externos a ella como podría ser la innovación de la jurisprudencia del órgano superior*»⁵⁸. De acuerdo con esto, lo fundamental ya no es que se recoja en la resolución del órgano judicial las razones para el apartamiento del precedente, sino que bastará con que de la misma se pueda inferir que el cambio ha sido consciente y general, y no arbitrario e inadvertido. Dicho de otra forma, la motivación del cambio de criterio no ha de ser expresa, pero sí debe ser manifiesta y «*ha de aparecer como solución genérica y aplicable a casos futuros y no como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores resueltos de modo diverso*»⁵⁹. Y solamente cuando falte la justificación, explícita o implícita, del cambio de criterio de tal modo que resulte razonable entender éste «*como una solución individualizada al margen de pautas interpretativas abstractas y generales, esto es, como una simple cobertura formal de una decisión “ad causam y ad personam”*»⁶⁰, el Tribunal Constitucional considerará la existencia de arbitrariedad en la decisión judicial y, así, conculcado el principio de igualdad en aplicación en la Ley. Pero si fuese posible inferir esa justificación del razonamiento judicial, aunque no estuviese expresamente fundamentado el apartamiento del precedente judicial ante situaciones sustancialmente iguales, entonces tal arbitrariedad quedaría descartada. Por lo tanto, con Rafael de Asís podemos concretar en cuatro los requisitos de la no arbitrariedad, deducibles de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: «*interpretación fruto de*

Lo que exige la seguridad jurídica en la aplicación e interpretación del Derecho es la ausencia de arbitrariedad. Superada la concepción liberal de que era posible la aplicación mecánica del Derecho, actualmente la seguridad jurídica incluye nuevos elementos «*que conducen a una autonomía en la labor del Juez y a un reconocimiento de su papel creador de normas en el seno del sistema, y que exigen el establecimiento de criterios generales y previos de interpretación, por razones de seguridad jurídica, que impidan y generen conclusiones homogéneas*». PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., y otros, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1995, p. 254.

⁵⁸ STC 49/1985, de 28 de marzo.

⁵⁹ STC 115/1989, de 22 de junio. En el mismo sentido, y entre otras, SSTC 34/1995, de 6 de febrero; 47/1995, de 14 de febrero, y 25/1999, de 8 de marzo.

⁶⁰ STC 25/1999, de 8 de marzo. En STC 59/2000, de 2 de marzo, el Tribunal Constitucional ha vuelto a reiterar esta idea estableciendo que «*la sedicente violación del principio de igualdad en la aplicación de Ley es un concepto relacional que requiere la presencia de dos elementos esenciales, un término válido de comparación que ponga de manifiesto la identidad sustancial de los supuestos o situaciones determinantes, y que se haya producido un cambio de criterio inmotivado o con una motivación “intuitu personae”, siempre que, además, se den ciertos requisitos, entre los cuales está, por una parte, que las resoluciones cuya contradicción se predica provengan del mismo órgano judicial*».

*reflexión no discriminatoria, razonada, razonable y genérica (con vocación de universalidad, independientemente de que luego esto no sea así)»*⁶¹.

Muchas de las conclusiones, de las hasta ahora expuestas, a las que llega el Tribunal Constitucional en relación con el principio de igualdad en aplicación de la Ley son consecuencia directa de la concepción de éste como un principio de carácter predominantemente formal. A diferencia de la igualdad en (el contenido de) la Ley, el Tribunal Constitucional considera que el principio de igualdad en la aplicación de la Ley es de carácter formal, pues mientras que el carácter material de la igualdad en la Ley pretende impedir la diversidad de trato entre los iguales, el carácter formal de aquél lo que exige *«no es tanto que la Ley reciba siempre la misma interpretación (...), sino que no se emitan pronunciamientos arbitrarios por incurrir en desigualdad no justificada en un cambio de criterio que pueda reconocerse como tal»*⁶².

Para terminar, debo destacar que, en la práctica, esta configuración formalista de la igualdad en aplicación de la Ley va a implicar la autoinhibición del Tribunal Constitucional. A la negativa a conocer de aquellas resoluciones desiguales procedentes de órganos judiciales diferentes, en aras de la independencia judicial, ha de sumarse también la tendencia del Tribunal Constitucional de no entrar a valorar la suficiencia de las razones jurídicas que han motivado el cambio de criterio. Su negativa se fundamenta básicamente en dos razones: en primer lugar, porque ello supondría un juicio de legalidad ordinaria, y en segundo, porque hacerlo equivaldría a *«asentar los pronunciamientos de los Tribunales sobre un predominio del precedente que no es consustancial con nuestro sistema jurídico»*⁶³.

Ésta, en ocasiones, excesiva formalización de la igualdad en aplicación de la Ley ha merecido la crítica de determinados sectores de la doctrina, ya que supondría abandonar criterios de justicia material⁶⁴. No obstan-

⁶¹ DE ASÍS ROIG, R., *Imparcialidad, igualdad y obediencia en la actividad judicial*, DOXA, número 15-16, volumen II, 1994, p. 924.

⁶² STC 58/1986, de 14 de mayo. También STC 49/1985, de 28 de marzo.

⁶³ STC 63/1984, de 21 de mayo.

⁶⁴ Así, para ANDRÉS OLLERO *«la opción tajante por el formalismo llevaría a marginar toda exigencia de igualdad, obligando (...) a buscar garantía constitucional por vía bien distinta, la tutela judicial efectiva del artículo 24»*. OLLERO, A., *Igualdad en la aplicación de la Ley y Precedente judicial*, ob. cit., p. 50. Asimismo, para RUIZ MIGUEL resulta insatisfactoria desde el punto de vista de la igualdad *«la consideración del Poder Judicial como un conjunto de unidades discretas y no como un todo unitario»*. RUIZ MIGUEL, A., *Las huellas de la igualdad en la Constitución*, ob. cit., p. 144.



te, y pese a que existen ejemplos⁶⁵ en la doctrina del Tribunal Constitucional que nos inclinarían hacia esta postura pesimista, a mi juicio debe destacarse con Marina Gascón que, mediante la doctrina del precedente y al establecer un control sobre el cambio injustificado de las decisiones de los órganos jurisdiccionales, este Tribunal «*introduce una garantía de racionalidad en la actuación de los mismos*»⁶⁶. Ello se traduce en «*una exigencia de justicia argumentativa o procedimental*»⁶⁷, articulada jurídicamente a través de la prohibición de que ante supuestos de hecho sustancialmente iguales los órganos judiciales se aparten irrazonable e injustificadamente de sus criterios anteriores.

C) Igualdad en la Ley

Como hemos adelantado, a diferencia de la igualdad en aplicación de la Ley, el carácter predominante en la igualdad en la Ley es material. El principio de igualdad jurídica en su vertiente de igualdad en la Ley supone la igualdad de trato dado por la Ley en su contenido, evitando los privilegios y desigualdades discriminatorias entre los ciudadanos. Así, cuando éstos se encuentren incluidos en las situaciones de hecho de la norma, el tratamiento jurídico debe ser igual para todos ellos, «*pues en tales supues-*

Por otra parte, debe destacarse respecto de la negativa del Tribunal Constitucional a investigar la razonabilidad de los cambios de criterio, así como de la admisión de los cambios implícitos de criterio, que «*nada impide la existencia de decisiones total y absolutamente arbitrarias en relación con otras anteriores aunque fueran reflexivas*». SUAY RINCÓN, J., *El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, ob. cit., p. 875.

⁶⁵ Así la STC 144/1988, de 12 de julio. En ella y pese a reconocer inicialmente que la homogeneidad en la interpretación del Derecho objetivo es un fin a alcanzar en un Estado de Derecho e incluso una finalidad que se debe perseguir para dar realidad al principio de seguridad jurídica, limita en gran medida el acceso al recurso de amparo en base a una aplicación desigual de la Ley. Sólo «*cuando quien se sienta víctima de una aplicación discriminatoria de la Ley pueda ofrecer razones que le autoricen a pensar que la divergencia interpretativa es simplemente la cobertura formal de una decisión, cuyo sentido diverso al de otras decisiones anteriores y, eventualmente posteriores, se debe realmente al hecho de que se han tomado en consideración circunstancias personales o sociales de las partes, e incluso simplemente su propia identidad, que no debieron serlo*», entrará el Tribunal Constitucional a valorar tal resolución. De esta sentencia parece desprenderse que es el recurrente el que habrá de correr con la carga de argumentar la arbitrariedad del órgano judicial, lo que para SUAY RINCÓN supondrá la presunción *iuris tantum* de la razonabilidad de la decisión impugnada «*aun en el supuesto de que exista una clara y manifiesta desigualdad de trato*». En SUAY RINCÓN, J., *El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, ob. cit., p. 877.

⁶⁶ GASCÓN ABELLÁN, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, ob. cit., p. 76.

⁶⁷ *Ibidem*.

tos la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos que eviten las desigualdades»⁶⁸. Significa, por tanto, que la Ley debe ser igual para todos, sin que exista ningún tipo o grupo de personas desigualmente tratadas por su contenido o exentas de su cumplimiento. En esta vertiente y como se dijo al inicio de este trabajo, la igualdad ante la Ley «se identifica con los requisitos de generalidad y abstracción de la norma jurídica, (con la) prohibición expresa de cualquier forma de arbitrariedad legislativa»⁶⁹. No obstante, la igualdad en la Ley supera esos rasgos en el sentido de que ambas características no serán suficientes para garantizar la igualdad, ya que ni la universalidad ni la generalidad son condición suficiente de «la igualdad justa, pues cualquier norma lógicamente universal o general (...) puede establecer distinciones irrelevantes o arbitrarias que, por ello, resulten injustamente desigualitarias»⁷⁰. Ahora bien, aunque ambas características no son condición suficiente para garantizar la igualdad, son condición necesaria para que ésta no se produzca.

Afirmar la generalidad como manifestación de la igualdad ante la Ley supone, en principio, excluir las leyes singulares, ya que todos los ciudadanos deben ser «destinatarios de las mismas normas»⁷¹. Pese a ello, con carácter excepcional y bajo unos rigurosos límites, pueden admitirse determinadas normas particulares⁷². Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en la Sentencia 166/1986, de 19 de diciembre, con motivo de una cuestión de inconstitucionalidad relacionada con el «caso RUMASA».

El Tribunal Constitucional define las leyes singulares como «leyes de caso único», es decir, como aquellas «dictadas en atención a un supuesto de hecho concreto y singular que agotan su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el legislador ante ese supuesto de hecho, aislado en la Ley singular y no comunicable a ningún otro»⁷³. El dogma de la generalidad no es por tanto un obstáculo insalvable que impida que el legislador dicte leyes que contengan preceptos específi-

⁶⁸ STC 75/1983, de 3 de agosto.

⁶⁹ PÉREZ LUÑO, A. E., *El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales*, ob. cit., pp. 262 y 263.

⁷⁰ RUIZ MIGUEL, A., *Las huellas de la igualdad en la Constitución*, ob. cit., p. 115.

⁷¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, ob. cit., p. 153.

⁷² ALBERT CASAMIGLIA recoge varios ejemplos de normas particulares perfectamente compatibles con ordenamientos democráticos. En CASAMIGLIA, A., *Sobre el principio de igualdad*, en MUGUERZA, J., y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, p. 101.

⁷³ STC 166/1986, de 19 de diciembre.

cos para sujetos concretos y supuestos únicos. El principio de igualdad del artículo 14 de nuestra Constitución, que impone la vocación de generalidad en la propia estructura interna de las normas, no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y les dé un tratamiento diverso. La esencia de la igualdad no se encuentra en proscribir tratos diferenciados, ni siquiera singularizaciones, sino en evitar que unos y otras carezcan de justificación objetiva y razonable, es decir, que sean arbitrarias. Por tanto, *«la prohibición de desigualdad arbitraria o injustificada no se refiere al alcance subjetivo de la norma, sino a su contenido y, en su virtud, que la Ley singular –supuesto el más intenso de la Ley diferenciadora– debe responder a una situación excepcional igualmente singular, y que su canon de constitucionalidad es la razonabilidad y proporcionalidad de la misma al supuesto de hecho sobre el que se proyecta»*⁷⁴.

Como se verá, la argumentación del Tribunal Constitucional en este caso no difiere de la que se va a emplear en los supuestos de desigualdad contenida en las leyes generales. El punto central de esa argumentación será la falta de arbitrariedad de esa diferenciación, es decir, lo que el artículo 14 de la Constitución contiene es *«la prescripción de la diferencias de trato (en el contenido de la ley) carentes de fundamento objetivo y razonable»*⁷⁵.

Así, tampoco cuando se trata de leyes generales la igualdad en la Ley implica siempre idéntico tratamiento a todos, pues no siempre todas las personas o grupos de personas incluidos en el supuesto de hecho de la norma estarán en las mismas circunstancias. Sin embargo, sólo es posible establecer un trato diferenciado para los ciudadanos cuando se deban resolver situaciones diferenciadas fácticamente que requieran una solución distinta; pero, de nuevo, a tal fin va a resultar indispensable que exista una justificación objetiva y razonable que fundamente un desigual tratamiento legal.

Son varios los elementos que hemos de tener en cuenta para discernir si la actuación legislativa es o no contraria al principio de igualdad y, por tanto, para apreciar si se adecua a las pautas y requisitos que exige tal principio, o por el contrario, si nos encontramos ante un tratamiento diferenciado y discriminatorio en el contenido de la Ley, por arbitrario o no suficientemente justificado. Al igual que en la caso de la igualdad en aplicación de la Ley, vamos a verlos separadamente.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ STC 227/1998, de 26 de noviembre.



1) LÍMITE FRENTE A LOS PODERES CON POTESTAD NORMATIVA

En primer lugar, debe destacarse que dicho principio opera frente al legislador como límite a su poder. La igualdad jurídica del artículo 14 de la Constitución vincula no sólo a la Administración y al Poder Judicial, sino también al legislador⁷⁶. El límite del ejercicio de la potestad normativa se despliega «*en relación con todos aquellos poderes, estatales, o sociales, a los que les está reconocida la facultad de crear normas*»⁷⁷. A diferencia del principio de igualdad en aplicación de la Ley que establece límites a la actividad de los órganos encargados de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, este segundo aspecto de igualdad jurídica limita la actividad de los poderes públicos con potestad normativa. Es decir, el plano en el que opera este principio es el de la creación de las normas, no en el de su aplicación posterior a un supuesto determinado.

Por otra parte y si bien la igualdad en la Ley vincula a todos los poderes públicos, no lo hace en todos los casos con el mismo rigor. Desde el punto de vista de la igualdad en la Ley «*no se encuentran en el mismo plano la norma legal y la reglamentaria, pues (...) no es la misma relación la que existe entre Constitución y Ley que la que media entre ésta y el reglamento. (...) El juicio sobre la licitud constitucional de las diferencias establecidas por una norma reglamentaria requiere así, necesariamente, (...) un juicio de legalidad*»⁷⁸. Según esto, la vinculación del reglamento al principio de igualdad es más fuerte que la de la Ley y, de esta forma, por la vía de la

⁷⁶ Desde la STC 48/1981, el Tribunal Constitucional ha establecido con rotundidad que el referido principio vincula a todos los poderes públicos porque así lo afirma taxativamente el artículo 53.1 de la Constitución en relación a los derechos y libertades contenidos en el Capítulo II de su título I, que comprende el artículo 14. Reiteradamente lo ha venido estableciendo en distintas sentencias, entre otras SSTC 7/1982, de 26 de febrero; 108/1984, de 26 de noviembre, y 20/1985, de 14 de febrero.

⁷⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, ob. cit., p. 40.

⁷⁸ STC 209/1987, de 22 de diciembre. La exigencia de igualdad como requisito en el contenido de las normas jurídicas generales inferiores implica simplemente su adecuación a la Ley. Así, en el caso de la actividad reglamentaria, el juicio de la licitud de las diferencias de tratamiento que establezca, más allá de las contenidas en la Ley, requiere exclusivamente un juicio de legalidad. Como recuerda en la sentencia citada el Tribunal Constitucional, el ejercicio de la potestad reglamentaria está sujeto a la Constitución y a las Leyes, de forma que «*el Gobierno no puede crear derechos ni imponer obligaciones que no tengan su origen en la Ley de modo inmediato o, al menos, de manera mediata, a través de la habilitación. Del mismo modo, no puede el Reglamento excluir del goce de un derecho a aquellos a quienes la Ley no excluyó*».

igualdad, «*el Tribunal Constitucional puede llegar a convertirse en un vehículo de control de la legalidad de los reglamentos ejecutivos*»⁷⁹.

2) EL TÉRMINO DE COMPARACIÓN ADECUADO

Del mismo modo que el caso de la aplicación de la Ley, para saber si se ha producido un tratamiento diferenciado es necesario aportar un término de comparación adecuado. Evidentemente, para poder apreciar si ha existido, o no, diferenciación arbitraria debemos compararnos con otros mejor tratados por la Ley.

Para poder establecer la existencia de un tratamiento discriminatorio en la Ley es necesario que exista identidad en los supuestos de hecho, ya que si se trata de supuestos de hecho diversos se «*apodera efectivamente a las normas jurídicas para introducir o consentir diferencias en cuanto al trato*»⁸⁰. El término de comparación podrá constituirlo tanto una norma especial en relación con otra general, como dos o más normas especiales que regulen la misma materia, estableciendo diferentes regímenes jurídicos, según la discriminación se haya producido en el ámbito del mismo régimen legal o de diferentes regímenes.

Un ejemplo expresivo de esta situación lo encontramos en el distinto tratamiento legal recibido por los distintos regímenes de la Seguridad Social que va a tener como consecuencia la diversidad de trato entre los trabajadores por cuenta ajena comprendidos en el Régimen General y otras categorías de trabajadores, por ejemplo los autónomos o los del Régimen Especial Agrario.

De forma reiterada ha venido estableciendo el Tribunal Constitucional que no puede alegarse discriminación entre regímenes de Seguridad Social distintos, puesto que no son términos homogéneos. Las peculiaridades de cada sector de la actividad y las diferencias entre trabajadores de unos y otros son muy claras y, por ello, el principio de igualdad del artículo 14 no alcanza a corregir las desigualdades existentes entre los distintos regímenes de la Seguridad Social, que se justifican por las peculiaridades socio-económicas, laborales y de otra índole que

⁷⁹ SUAY RINCÓN, J., *El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, ob. cit., p. 855.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 843.



concurren en cada caso⁸¹. Igualmente, ha venido entendiendo el Tribunal Constitucional que no pueden considerarse discriminatorias las exclusiones del ámbito del Estatuto de los Trabajadores determinadas relaciones laborales⁸². No obstante, también ha matizado que la doctrina anterior no puede aplicarse de manera automática a todos los supuestos en los que confluyan distintos regímenes jurídicos dispares porque ello «*equivaldría a dejar al arbitrio del legislador o del Gobierno la eficacia del principio de igualdad*»⁸³, ya que su aplicación podría excluirse a través del simple procedimiento de crear sistemas legales diferentes que actuarían como justificación de tratamientos distintos, aunque no concurriesen razones sustantivas que los justificasen.

Por lo tanto, el principio de igualdad no impone la uniformidad de tratamiento legislativo, de forma paralela a como no impone la uniformidad interpretativa. El principio de igualdad no es contrario a que la diversidad de trato en la Ley y permite que el legislador establezca diferentes efectos jurídicos «*que haya de extraer de supuestos de hecho disímiles, en atención a la consecución de fines constitucionalmente lícitos*»⁸⁴. Por ello es necesario valorar, antes de entrar a analizar el distinto tratamiento dado por la Ley y su posible justificación, si los sujetos afectados por la diferente regulación se encuentran en las mismas circunstancias y por tanto si existe identidad en los supuestos de hecho comparados.

3) LA JUSTIFICACIÓN OBJETIVA Y RAZONABLE

Ya sabemos que el principio de igualdad en la Ley no significa la prohibición de introducir diferenciaciones por alguno de los poderes con

⁸¹ Entre otras, SSTC 268/1993, de 20 de septiembre, y 173/1988, de 3 de octubre.

⁸² Así, 227/1998, de 26 de noviembre; 220/1999, de 29 de noviembre, y 227/1999, de 13 de diciembre.

En relación a la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León y el Juzgado de lo Social 16 de Barcelona relativa al artículo 1.3.g) del Estatuto de los Trabajadores, precepto introducido por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, el Tribunal Constitucional ha vuelto a reiterar la doctrina que ha venido manteniendo desde 1981. Según esta doctrina, el principio de igualdad no impide al legislador «*la diversificación de regímenes jurídicos siempre que el criterio adoptado para introducir la diferenciación supere el canon de constitucionalidad (...), ya que tal diferenciación sólo alcanza a vulnerar aquél si se encuentra desprovista de una justificación objetiva y razonable, apreciada en relación a la finalidad y efectos de la medida*» (STC 227/1998, de 26 de noviembre).

⁸³ SSTC 268/1993, de 20 de septiembre. También SSTC 184/1993, de 31 de mayo, y 39/1992, de 30 de marzo.

⁸⁴ STC 19/1987, de 17 de febrero.

potestad normativa. Tampoco es contrario a este principio la desigualdad causada por la sucesión temporal de normas de contenido distinto *«adoptadas por el legislador en el ejercicio de su libertad de configuración normativa dentro del marco de la Constitución»*⁸⁵, incluso aun en el caso de que como consecuencia de dichos cambios legislativos aquéllos a los que se les ha de aplicar la nueva norma resulten perjudicados. El artículo 14 solamente prohíbe la discriminación o desigualdad de tratamiento legal injustificada por no ser razonable. De acuerdo con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y también del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica. Ahora bien, *«este tratamiento legal desigual tiene un límite que consiste en la discriminación, es decir, en el hecho de que la desigualdad esté desprovista de una justificación objetiva y razonable»*⁸⁶.

El tercer elemento que hemos de analizar es, por tanto, la suficiente y razonable justificación de la desigualdad introducida por la norma jurídica.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional el juicio de razonabilidad de la desigualdad introducida por la norma impugnada será el test al que queden sometidas todas las cuestiones relativas a la desigualdad en el tratamiento legal. Abandonados anteriores criterios⁸⁷, la razonabilidad de la desigualdad va a depender de su lógica interna, es decir, de su

⁸⁵ STC 53/1999, de 12 de abril. En idéntico sentido, SSTC 121/1983, de 15 de diciembre, y 148/1986, de 25 de noviembre.

⁸⁶ STC 19/1982, de 5 de mayo. También SSTC 6/1984, de 24 de enero; 4/1991, de 14 de enero; 227/98, de 26 de noviembre, y 220/1999, de 29 de noviembre.

⁸⁷ Destaca SUAY RINCÓN cómo en su jurisprudencia más reciente el Tribunal Constitucional ha abandonado el «juicio de relevancia» que obligaba a la búsqueda de un criterio igualatorio en el ordenamiento jurídico, más allá del artículo 14 de la Constitución, del que derivar la exigencia de igualdad de trato. Asimismo, ha renunciado a la búsqueda de una conexión entre la medida impugnada y un bien o valor constitucional (SUAY RINCÓN, J., *El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, ob. cit., p. 56). Si bien esta última afirmación es cierta respecto de numerosas sentencias, en otras ocasiones el Tribunal Constitucional nos recuerda que *«la valoración de la razonabilidad habrá de hacerse en función de la protección de bienes y valores constitucionales»* (STC 39/1986, de 31 de marzo). Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional en la STC 76/1986, de 9 de junio, apoya su argumentación de razonabilidad, no exclusivamente en la racionalidad y proporcionalidad que justifica las medidas adoptadas por el legislador en ese caso concreto, sino además en *«razones de equidad, de justicia material, de satisfacción de una demanda social, que se conecta con objetivos de justicia que la propia Constitución ha elevado a la categoría de valores superiores del ordenamiento»*.



adecuación a la finalidad perseguida por la norma, así como de su aptitud e idoneidad para alcanzar esos fines ⁸⁸.

Sólo le será posible al legislador, en acertada opción legislativa, establecer un trato distinto para los ciudadanos en aquellos casos en los que tenga que resolver situaciones diferenciadas fácticamente, que requieran en su solución por su mismo contenido una decisión distinta. Sin embargo, para ello *«resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, y dejando en definitiva al legislador con carácter general la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente, siempre que su acuerdo no vaya contra los derechos y libertades protegidos en los artículos 53.1 y 9.3 CE, ni sea irrazonada»* ⁸⁹.

Por tanto, la desigualdad será razonable y, así, estará justificada cuando exista una relación de proporcionalidad entre la medida impugnada y la finalidad y efectos de ésta. Si esta relación no existe, la desigualdad no estará justificada ⁹⁰.

⁸⁸ Del estudio de CARRASCO PERERA sobre «el juicio de razonabilidad» pueden extraerse las determinadas conclusiones. Según este autor, la razonabilidad supone: 1) un reconocimiento implícito de que la subsunción del supuesto de hecho en la norma fundamental no es automática; 2) asegura que ninguna actuación política que se mueva dentro del sistema constitucional va a estar exenta del control de Tribunal Constitucional, y 3) posibilita que ese control no signifique una usurpación de otros poderes constitucionalmente otorgados.

Ante una medida legislativa, *«o se admite un alto espectro de soluciones posibles y, por tanto, hay diversas opciones constitucionalmente válidas, o sólo hay una solución válida, y el control de la medida es político»*. El juicio de razonabilidad resulta necesario cuando la deducción del contenido de una norma fundamental no incluye el supuesto concreto de manera evidente y no es fácilmente constatable dentro de ésta. Sin el factor razonabilidad, la decisión del Tribunal Constitucional *«puede convertirse en un acto de configuración política (...) o, en el recurso de amparo, ya un análisis de la justicia del caso, ya una nueva instancia jurisdiccional»*. CARRASCO PERERA, A., *El «juicio de razonabilidad en la justicia constitucional»*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 4, número 11, mayo-agosto de 1984, p. 48.

⁸⁹ STC 75/1983, de 3 de agosto.

⁹⁰ El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de manifestarse en numerosas ocasiones en este sentido. De esta forma, cuando una norma legal distinga una concreta situación de hecho a la que vincule determinadas consecuencias jurídicas singularizándola respecto de otras situaciones similares, deberá respetar, o de lo contrario se conculcaría el principio de igualdad, la debida proporción entre los medios empleados y el fin perseguido, en el sentido de que tal singularización *«responda a un fin constitucional válido para ello, que sean coherentes las medidas adoptadas para su persecu-*

Como bien destaca el profesor García Amado, diciendo que la desigualdad es razonable o irrazonable «*no se adelanta nada*»⁹¹ y se hace necesario precisar el contenido concreto de la noción de razonabilidad. Así, el juicio de razonabilidad ha de concretarse en el análisis de dos puntos concretos: *a)* la finalidad de la norma, y *b)* la relación de proporcionalidad entre ésta y sus consecuencias jurídicas en relación con la desigualdad que introduce. Es decir, «*las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo; tendrán que articularse, además en términos no inconsistentes con tal finalidad y, deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías jurídicas, derechos y obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas*»⁹².

Ya se ha dicho que la valoración de la razonabilidad debe hacerse en función de la protección de bienes y valores constitucionales⁹³ (*vid.* nota 87), por lo que habrá de valorarse el fin perseguido por la norma desigualitaria⁹⁴. Pero más allá de la licitud de la finalidad, la razonabilidad de la justificación de la desigualdad exige la adecuada relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. Ello significa que no es lícito cualquier medio, sino sólo el que cumpla el requisito de proporcionalidad. Se hace necesaria una adecuada relación de concordancia y coherencia «*entre los fines que se proclaman y se juzgan como fundamentadores de la razonabilidad de un trato desigual y los medios con que se pretenden satisfacerse, o sea, la concreta articulación jurídica de esa desigualdad*»⁹⁵.

ción con el fin pretendido y, en especial, que la singularización de la situación de hecho encuentre su razón de ser en él. STC 229/1999, de 28 de septiembre. Con anterioridad, entre otras, SSTC 75/1983, de 3 de agosto, y 158/1993, de 6 de mayo.

⁹¹ GARCÍA AMADO, J. A., *Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad*, Anuario de Filosofía del derecho, IV, 1987, p. 123.

⁹² STC 155/1998, de 13 de julio, que reitera lo establecido en la STC 222/1992, de 11 de diciembre.

⁹³ Así, por ejemplo, en su STC 227/1998, de 26 de noviembre, el Tribunal Constitucional entiende que se cumple la regla de razonabilidad ya que la norma diferenciadora es introducida «*con la pausable finalidad de incrementar la seguridad jurídica en la calificación*» de una relación contractual controvertida. Se trata en este caso de delimitar los ámbitos laboral y mercantil.

⁹⁴ Aunque, como destaca GARCÍA AMADO, juzgar los fines conduce a una valoración de justicia que excede lo que es propiamente el control del respeto al principio de igualdad, con el riesgo consiguiente de intromisión en las competencias del legislativo. En *Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad*, ob. cit., p. 124.

⁹⁵ *Ibidem*.

Satisfechas las exigencias de la razonabilidad, el Tribunal Constitucional deja un amplio margen de libertad al poder legislativo⁹⁶ y, también, «para los demás poderes públicos»⁹⁷.

II. IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN

Nuestra Carta Magna contiene en el mismo inciso de artículo 14 el principio de igualdad ante la Ley y la prohibición de discriminación basadas en determinadas causas expresamente recogidas en ese precepto. La existencia de este específico listado de razones de interdicción de la discriminación es expresión de «la especial valoración negativa que la Constitución española ha operado con esas discriminaciones»⁹⁸, consecuencia de haber sido históricamente las causas por las que, con mayor frecuencia, se ha marginado a personas y a colectivos.

En esta línea, el Tribunal Constitucional entiende que el artículo 14 de la Constitución «establece una serie de supuestos de discriminaciones

⁹⁶ Para ANDRÉS OLLERO, el esfuerzo por hallar razones en qué apoyar y con qué convencer la desigualdad «reviste un carácter peculiar por el juego de un doble imperativo característico de nuestro control de constitucionalidad». Respeto, por un lado, el campo de juego de los diversos Poderes sin inmiscuirse en la labor legislativa y sin reduplicar el razonamiento práctico de los Jueces y, por otro, conserva mientras sea posible las normas cuando admitan al menos una interpretación conforme la Constitución. Sin embargo, para este autor, en ocasiones el Tribunal Constitucional parece preocuparse más de «la búsqueda de la solución "razonable", digna de ser "conservada", que (del) hecho de que el legislador hubiera llegado realmente a plantársela».

OLLERO, A., «Principio de igualdad y Teoría del Derecho. Apuntes sobre la jurisprudencia relativa al artículo 14 de la Constitución», *Anuario de Derechos Humanos*, número 4, Universidad Complutense de Madrid, 1986-87, pp. 184-185.

Por su parte, ANA RUBIO entiende que, a pesar de que la doctrina del Tribunal Constitucional pretende establecer criterios jurídicos para legitimar diferencias de trato entre los individuos y los grupos, exigiendo que estas diferencias sean excepcionales, objetivas y razonables y al mismo tiempo «compatibles con los valores fundamentales y el fin de la norma, la realidad es que actúan otros criterios políticos que hacen de estas exigencias meras fórmulas justificadoras de las decisiones adoptadas». El equilibrio de los argumentos formales y materiales elaborados es inestable y éstos presentan todo tipo de debilidades y «la deseada coherencia y plenitud del ordenamiento se muestra irreal ante el trasfondo de razones morales y políticas que se ocultan en las decisiones del Alto Tribunal».

RUBIO, A., «Igualdad y diferencia. ¿Dos principios jurídicos?, *Derechos y libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, núm. 4, año II, enero-junio 1995, pp. 276 y 277.

⁹⁷ STC 39/1986, de 31 de marzo.

⁹⁸ ALONSO GARCÍA, E., «El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española», *Revista de Administración Pública*, número 100-102, enero-diciembre de 1982, p. 71.

que pueden considerarse como típicas»⁹⁹ y que, si bien no suponen una lista cerrada de causas discriminatorias, sí representan «una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE»¹⁰⁰.

Ahora bien, pese a lo expresado en el párrafo anterior, el Tribunal Constitucional no siempre ha considerado de igual forma la prohibición de discriminación, siendo la doctrina jurisprudencial muy dispar en esta materia.

En un primer momento el Tribunal Constitucional ha considerado que el listado de posibles causas discriminatorias del artículo 14 son simples especificaciones del principio de igualdad –juicio al que contribuye de forma muy importante el inciso final del artículo que alude a «*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*»–, por lo que el tratamiento dado a las discriminaciones prohibidas sería prácticamente idéntico que el dado a cualquier otra violación del principio de igualdad.

Para el Tribunal Constitucional, en este primer momento, en el que la discriminación es una manifestación del principio de igualdad, lo que prohíbe dicho principio, dice el Tribunal, es la arbitrariedad, «*la discriminación, (...) es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable*»¹⁰¹. Para el Alto Tribunal no existe diferencia alguna en el trato que han de recibir la desigualdad general de las desigualdades específicas del artículo 14, pues de acuerdo con su doctrina la propia esencia del principio de igualdad «*rechaza toda desigualdad que por su alcance sea irrazonable y por ello haya de calificarse de discriminatoria*»¹⁰². Por tanto, los supuestos discriminatorios expresamente contemplados en el artículo 14 de la Constitución no van a merecer una consideración especial o distinta. De esta forma, la apreciación o no de la discriminación va a depender, como en el caso del principio de igualdad general, de la razonabilidad o no de la justificación, y será su irrazonabilidad o la falta de justificación lo que haga que la desigualdad de trato aparezca como discriminatoria.

⁹⁹ STC 103/1983, de 22 de noviembre.

¹⁰⁰ STC 128/1987, de 16 de julio.

¹⁰¹ STC 34/1981, de 10 de noviembre.

¹⁰² *Ibidem*.

Esta interpretación que ha merecido las críticas de la doctrina¹⁰³, ya que supone *«la eliminación de cualquier diferencia entre el principio general de igualdad y la prohibición de discriminaciones específicas del propio artículo 14»*¹⁰⁴.

No obstante, no siempre el Tribunal Constitucional ha identificado ambos conceptos. Poco a poco, y aunque sin exigir nuevos requisitos para el tratamiento desigual basado en alguna de las causas del artículo 14, va estableciendo sutiles diferencias entre el principio general de igualdad y el mandato de no discriminación¹⁰⁵. Desde muy temprano, en la STC 81/1982, de 21 de diciembre, establece la necesidad de un mayor rigor en la exigencia de demostración del carácter justificado de la desigualdad de tratamiento *«en aquellos otros casos en que el factor diferencial es precisamente uno de los típicos que el artículo 14 concreta para vetar que puedan ser base de diferenciación como ocurre con el sexo, además de con la raza, la religión, el nacimiento y las opciones»*¹⁰⁶. Lo que va a significar esta exigencia de una más rigurosa justificación es que *«las razones que pueden ser suficientes para justificar una desigualdad general no lo son para justificar una desigualdad específica»*¹⁰⁷.

¹⁰³ Aunque en otros casos la interpretación doctrinal del principio de no discriminación es idéntico al que hace es este primer momento el Tribunal Constitucional. En esta línea, LAPORTA, para quien *«igualdad es, de modo inmediato, no discriminación, y discriminación es simplemente la cancelación de diferencias como razones relevantes para la diferenciación normativa»*. En LAPORTA, F. J., *El principio de igualdad. Introducción a su análisis*, ob. cit., p. 14.

¹⁰⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, ob. cit., p. 68. Para estos autores, la prohibición de discriminación es *«un mandato especial que, aun cuando derivado del principio de igualdad, va más lejos y dice algo distinto del mandato de igual protección en el marco de la Ley»* (pp. 65-66). Fundamentalmente, las diferencias entre el principio de igualdad de trato y la prohibición de no discriminación pueden concretarse en dos: el distinto ámbito en el que operan y el diferente significado de «la paridad» en uno u otro caso. El principio de igualdad de trato es un límite que se refiere exclusivamente a la actuación de los Poderes Públicos, mientras que la prohibición de no discriminación incluye entre los sujetos activos responsables de la misma el campo de las relaciones privadas (p. 158). Respecto de la paridad o identidad de trato, se configura *«como el instrumento o medio fundamental para la eliminación de discriminaciones»*, la no discriminación trata *«de eliminar la discrecionalidad de los poderes públicos»*. En la igualdad de trato no se eliminan las diferenciaciones, *«sólo se postula su no arbitrariedad»* (p. 160).

¹⁰⁵ Así, por ejemplo, en su Sentencia 126/1997, de 3 de julio –se trataba de un posible supuesto de discriminación por razón de sexo–, el Tribunal Constitucional afirma que del planteamiento del caso *«se desprendería con claridad que no nos encontramos ante la cláusula general de igualdad del artículo 14 CE, sino ante uno de los concretos motivos de discriminación que dicho precepto prohíbe, el configurado por razón de sexo»*.

¹⁰⁶ En sentido semejante SSTC 207/1987, de 22 de diciembre; 166/1988, de 26 de septiembre, y 126/1997, de 3 de julio.

¹⁰⁷ ALONSO GARCÍA, E., *El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española*, ob. cit., p. 74.

Así, cuando se empleen los factores expresamente prohibidos como criterios de diferenciación de trato, esa diferenciación va a ser *«especialmente sospechosa de inconstitucionalidad, por lo que habrá de examinarse con más rigor su razonabilidad»*¹⁰⁸. Es decir, el hecho de que la diferenciación de trato se base en alguna de las causas prohibidas por el artículo 14 no va a suponer necesariamente que éste sea discriminatorio, sino que al igual que sucede en el caso del principio de igualdad ante la Ley se exigirá que sea razonable, y la única diferencia con éste va a ser que la justificación razonable de la desigualdad se exigirá con mayor rigurosidad¹⁰⁹. Sin embargo, todavía esta mayor rigidez en el juicio de razonabilidad *«no deja de enmarcarse en una interpretación meramente estática del mandato de no discriminación»*¹¹⁰.

En esta línea evolutiva apuntada, y así lo refleja la STC 83/1984, de 24 de julio, el Tribunal distingue ya separadamente, por una parte, el principio de igualdad ante la Ley que consagra el artículo 14 de la Constitución y, por otra, *«la interdicción de tener en cuenta como criterios de diferenciación aquellos elementos (nacimiento, raza, sexo, etc.) que el precepto expresamente menciona»*. Asimismo, a efectos de determinar si una situación desigualdad de hecho tiene relevancia jurídica, reconoce que el artículo 14 contiene una regla o criterio igualatorio sancionado directamente por la Constitución por vía negativa a través de las interdicciones concretas que se señalan en él, por lo que ya no será necesario demostrar la existencia de un principio jurídico del que derive la necesidad de igualdad de trato entre los desigualmente tratados¹¹¹.

Finalmente, el Tribunal Constitucional da un paso más. A partir de la STC 128/1986, para justificar una desigualdad de trato basada en alguna de los supuestos expresamente recogidos en el artículo 14, exige, además de que ésta sea razonable, que esté conectada con la finalidad perseguida por el constituyente, *«de tal modo que se trata de determinar si la medida desi-*

¹⁰⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, ob. cit., p. 71.

¹⁰⁹ Se exige que la desigualdad se justifique de forma objetiva y razonable, debiendo *«apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido»*, o de lo contrario existirá discriminación. SSTC 20/1985, de 14 de febrero, y 26/1985, de 22 de febrero.

¹¹⁰ APARISI MIRALLES, A., *Discriminación y derecho a la igualdad. Las vías para el acceso al reconocimiento de la igualdad*, ob. cit., p. 285.

¹¹¹ Entre otras, SSTC 59/1982, de 28 de julio, y 34/1984, de 9 de marzo.

*gual es adecuada para hacer desaparecer la situación de arraigada marginación»*¹¹². El elemento de la no arbitrariedad o de la razonabilidad reaparece aunque en un sentido más restrictivo, «*en función de que el fin de la misma sea constitucionalmente superior al valor de la igualdad de raza, sexo, etc.*»¹¹³, o cuando a través de ella se logre una más efectiva tutela antidiscriminatoria. Es decir, lo que los criterios de discriminación prohibidos por el artículo 14 representan es «*simplemente una razón para la prohibición de la desigualdad normativa, pero una razón que puede quedar superada por otras razones que en el caso tengan un peso superior*»¹¹⁴.

Esta última línea jurisprudencial supone aceptar un concepto de discriminación íntimamente ligado con la dignidad humana, pues «*en la discriminación existe una negación del individuo de su condición plena de persona humana*»¹¹⁵. La discriminación supone una diferenciación peyorativa para el grupo o la persona discriminada en base a sus condiciones naturales o sociales.

Destaca Ruiz Miguel cómo la fórmula elegida por el artículo 14 de nuestra Constitución supone adoptar un concepto restringido de discriminación, ya que la interdicción de discriminación de dicho precepto prohíbe algo distinto de la simple desigualdad, sino que aquella equivale a un tipo especial de desigualdad que se caracteriza «*por la naturaleza generalmente odiosa del prejuicio social descalificatorio, que tiende a tomar como objeto de persecución un rasgo físico o cuasifísico hasta afectar de manera gravísimamente injusta a la dignidad y, por tanto, a la igualdad más básica de los portadores de tal rasgo*»¹¹⁶.

Reiterando la doctrina iniciada con la STC 128/1987, el Tribunal Constitucional distingue ahora más nítidamente entre la igualdad general del artículo 14 y los supuestos específicos de discriminación que allí se recogen, vinculándolos directamente con la idea de dignidad. El artículo 14, dice el Alto Tribunal, establece «*en su primer inciso una cláusula general de igual-*

¹¹² APARISI MIRALLES, A., *Discriminación y derecho a la igualdad. Las vías para el acceso al reconocimiento de la igualdad*, ob. cit., p. 286.

¹¹³ RODRÍGUEZ-PINERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, ob. cit, p. 161.

¹¹⁴ PRIETO SANCHÍS, L., *Igualdad y minorías*, en AA.VV., *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, p. 33.

¹¹⁵ *Ibidem*, pp. 82-83.

¹¹⁶ RUIZ MIGUEL, A., *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, DOXA, núm. 19, 1996, p. 53.

*dad de todos los españoles ante la Ley. Pero a continuación procede a referirse expresamente a una serie de prohibiciones de motivos de discriminación concretos. Esta referencia constitucional expresa no implica (...) la creación de una lista cerrada de supuestos de discriminación, pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los Poderes Públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE.»*¹¹⁷ Por tanto, el hecho de que el artículo 14 recoja expresamente determinadas causas discriminatorias responde a la voluntad del constituyente de terminar con la histórica situación de inferioridad que en la vida social y jurídica se había colocado a determinados grupos sociales. La positivación de la interdicción de la discriminación parte de la constatación de la existencia en la sociedad de determinados colectivos de personas que han sido histórica y sistemáticamente marginados, «*ciudadanos con una posición secundaria respecto de aquellos que gozan o pueden gozar de plenitud de posiciones de ventaja, pese al formal reconocimiento de su condición de "iguales" a éstos*»¹¹⁸.

Otra cuestión importante que merece ser destacada en esta última etapa es la profundización en el concepto de discriminación que permite al Tribunal Constitucional apreciar, incluso, las denominadas discriminaciones indirectas¹¹⁹.

La prohibición constitucional de discriminación por características personales¹²⁰, como signo de pertenencia a un grupo social determinado y

¹¹⁷ STC 166/1988, de 26 de septiembre. En el mismo sentido, entre otras, SSTC 28/1992, de 9 de marzo; 16/1995, de 24 de enero, y 136/1996, de 23 de julio. Por ejemplo, en la primera de ellas se afirma tajantemente que «*el artículo 14 persigue la interdicción de determinadas diferencias contrarias a la dignidad de la persona*», o se habla de determinados «*factores que por contrarios a la dignidad de la persona estima inadmisibles el artículo 14 CE*» (STC 16/1995).

¹¹⁸ PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, F., y DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, Madrid, 1993, p. 65.

¹¹⁹ Para RODRÍGUEZ-PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ ambos conceptos se encuentran recogidos en la Constitución. Cuando nuestra Norma Fundamental habla de discriminación «*alguna*» no se está refiriendo a las razones o las causas de la discriminación, sino a la forma de realizarse ésta «*y dentro de ello, para evitar burlar el mandato constitucional, tanto a las discriminaciones directas como las indirectas*». RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, ob. cit., p. 164.

¹²⁰ La característica personal a la que hacen referencia prácticamente todas las sentencias sobre esta cuestión es el sexo.



objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica se conecta con la noción sustancial de igualdad. Esta conexión va a permitir ampliar y enriquecer la propia noción de discriminación. Ésta incluirá no sólo la noción de discriminación directa, es decir, no solamente el tratamiento desigual perjudicial en razón de esa característica personal objeto de consideración directa, *«sino también la noción de discriminación indirecta, que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y otro sexo»*¹²¹.

La diferencia más importante con la discriminación directa es que, en la indirecta, el órgano judicial no puede limitarse, como hasta ahora era la norma, a valorar si la diferencia de trato está, en abstracto, justificada objetiva y razonablemente, *«sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al artículo 14 CE»*¹²².

¹²¹ STC 145/1991, de 1 de julio.

Por influencia de la doctrina norteamericana del *«disparate impact»*, se ha identificado la discriminación indirecta con aquellos tratamientos formalmente neutros que inciden negativamente sobre un grupo o clase de sujetos. Así DE ASÍS, R., en *La igualdad en el discurso de los derechos*, en LÓPEZ GARCÍA, J. A., y DEL REAL, A. (eds.), *Los derechos: entre la ética el poder y el Derecho*, Dykinson-Universidad de Jaén, Madrid, 2000, p. 159. También REY MARTÍNEZ, en «Discriminación positiva de mujeres», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 47, 1996, pp. 321-322.

Sin embargo, en mi opinión, lo que caracteriza la discriminación indirecta no es la inexistencia de intencionalidad discriminatoria, sino que un tratamiento formalmente neutro encubra una situación discriminatoria real, intencionadamente o no. En ese mismo sentido destaca BARRÈRE UNZUETA que lo característico de la discriminación indirecta es que se conceptualiza *«al margen de la intencionalidad discriminatoria»*, no que no sea intencional. En *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de la mujeres*, Cívitas, Madrid, 1997, p. 43.

Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional que considera que la discriminación indirecta constituye *«el origen o instrumento mismo a través del cual se formaliza esa discriminación»*; es una medida que *«enmascara la infravaloración de trabajos de igual valor»*, en cuyo caso las expresiones formalmente neutras sólo contribuyen a *«ocultar lo que era una discriminación abierta»* en la Ordenanza (STC 145/1991, citada, y STC 286/1994, de 27 de octubre).

En otras ocasiones, el Tribunal Constitucional haciéndose eco de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (entre otras Sentencia del TJCE de 30 de junio de 1988) ha definido la discriminación indirecta o *«de impacto adverso»* como aquella que utiliza *«criterios formalmente neutros (que producen) un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo»*, aunque igualmente se exige la acreditación *«de que los criterios seguidos son ajenos a todo móvil de trato discriminatorio»* (STC 41/1999, de 22 de marzo).

¹²² STC 286/1994, de 27 de octubre.



El ejemplo que más frecuentemente se produce es, en el ámbito laboral, la desigual retribución que perciben trabajadores de uno u otro sexo por la prestación de servicios sustancialmente iguales. En estos casos se recurre normalmente por el empresario a la distinta clasificación profesional de las labores realizadas mayoritariamente por hombres o por mujeres. Así, a cada categoría profesional le corresponde un determinado nivel retributivo. Formalmente no existe, pues, discriminación: a categorías profesionales diferentes les corresponde un diferente salario. Sin embargo, es aquí donde se produce la discriminación indirecta, el criterio determinante para clasificar, en un nivel inferior o superior, unos determinados servicios en el sexo de quienes mayoritariamente están encuadrados en él. Por ello, el órgano judicial ha de ir más allá de la aparente justificación formal, la cual, además, normalmente le vendrá dada por el convenio colectivo aplicable, ya que *«para excluir la existencia de discriminación retributiva entre categorías o departamentos segregados sexualmente y con niveles retributivos distintos el criterio de comprobación no puede ser la identidad formal de las tareas sino la igualdad de valor del trabajo»*¹²³. Es decir, no es suficiente constatar que se realizan labores distintas; es necesario comprobar que esa desigualdad no oculta o enmascara la infravaloración de trabajos de igual valor y no se basa en el mayor valor atribuido al trabajo masculino.

Finalmente debe destacarse, y ello nos conducirá al epígrafe siguiente, que la prohibición de discriminación está íntimamente relacionada con la idea desaparición de la desigualdad de hecho y, por ello, estrechamente conectada con la igualdad material. En este sentido la no discriminación va a significar *«la voluntad de eliminar los tratamientos o las situaciones discriminatorias que resultan especialmente “odiosas” para el texto constitucional»*¹²⁴.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha entendido que *«la referencia al sexo en el artículo 14 CE implica también la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer también en el ámbito del empleo y de las condiciones de trabajo, por lo que son constitucionalmente legítimas aquellas medidas que tienden a compensar una desigualdad real de partida»*¹²⁵. Por tanto, el pre-

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ QUINTANILLA NAVARRO, B., *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 35.

¹²⁵ STC 28/1992, de 9 de marzo.

cepto constitucional que prohíbe la discriminación por razón de sexo ha de ser interpretado sistemáticamente con otros preceptos constitucionales, en particular con el 9.2 que obliga a los Poderes Públicos a promover las condiciones para que la igualdad entre ambos sexos sea real y efectiva. Es decir, este último aspecto de la interdicción de discriminación conlleva necesariamente un mandato de parificación que conecta directamente con el artículo 9.2 de la Constitución. A diferencia del principio de igualdad jurídica que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato legal, «*las prohibiciones de discriminación, en cambio, imponen como fin, y generalmente como medio, la parificación de trato legal*»¹²⁶, al mismo tiempo que implican «*un juicio de irrazonabilidad de diferenciación ya establecido "ex Constitutione"*»¹²⁷. Como destaca el profesor Pérez Nuño, con buen criterio, el Tribunal Constitucional no concibe «*estas dos vertientes de principio de igualdad como compartimentos estancos, sino que tiende a conjugar y orientar la interpretación del artículo 14 en función del artículo 9.2*»¹²⁸.

III. IGUALDAD MATERIAL

A) La igualdad como exigencia de diferenciación

La igualdad material hace referencia a la igualdad efectiva, a la igualdad en las condiciones reales de existencia y se «*identifica con la igualdad y el equilibrio de bienes y situaciones económicas y sociales*»¹²⁹. Supone la reinterpretación de la igualdad en el Estado social y democrático de Derecho¹³⁰; es más, la igualdad material «*es un objetivo a alcanzar pro-*

¹²⁶ STC 126/1997, de 3 de julio.

¹²⁷ STC 229/1992, de 14 de diciembre.

¹²⁸ PÉREZ LUÑO, A. E., «Sobre la igualdad en la Constitución española», *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, 1987, p. 144.

¹²⁹ PÉREZ LUÑO, A. E., «Dimensiones de la igualdad material», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 3, Universidad Complutense, Madrid, 1985, p. 258.

¹³⁰ En este sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional ya en STC 34/1981, de 10 de noviembre. El Tribunal entiende que la posibilidad de que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas o darle un tratamiento diverso no sólo no es contrario al principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución, sino que «*puede venir exigido, en un Estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del Ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto*

*gresivamente para poder hablar realmente de Estado democrático de Derecho»*¹³¹. En el Estado social y democrático de Derecho, la concepción de lo que deba ser la igualdad apunta necesariamente hacia la realidad social y al reequilibrio de las desigualdades que existen en ella y en donde «los ciudadanos, formalmente iguales, no lo son realmente por concurrir en ellos factores, muchas veces ajenos a su voluntad, que les impiden el igual goce de derechos»¹³². Esta idea de igualdad sigue apareciendo actualmente como una exigencia básica y fundamental «en la esfera social, política y jurídica, siendo necesaria (...) la conjugación de las exigencias de la igualdad material con las de la libertad»¹³³. Precisamente el Estado social encuentra su legitimación en su vertiente social, «que se concreta en el reconocimiento de los derechos sociales y en la obligación de materializar realmente un bienestar generalizado a todos los ciudadanos»¹³⁴. Por ello, una de las primeras proyecciones de la calificación del Estado como social en nuestra Constitución «es la aceptación de la igualdad, es decir, de la corrección de las desigualdades sociales como uno de los valores superiores llamados a inspirar el ordenamiento jurídico»¹³⁵.

La caracterización del Estado como social va a significar así el deber de los poderes públicos de remoción de esos obstáculos, velando por la adecuación de las instituciones a las necesidades reales de los ciudadanos, así como el deber de asegurar el igual disfrute por parte de éstos del mayor número de derechos fundamentales. El Estado social, que aparece como consecuencia del proceso de democratización del Estado, exige «dar respuesta a las demandas de todos los sectores de la sociedad y no exclusivamente a las de una parte de la misma»¹³⁶. En este sentido la igualdad se la puede denominar con el profesor Peces Barba «igualdad para la libertad,

atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva». También, entre otras, SSTC 81/1982, de 21 de diciembre; 28/1992, de 9 de marzo, y 269/1994, de 3 de octubre.

¹³¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, ob. cit., p. 158.

¹³² PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, F., y DEL REY GAUTIER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, ob. cit., p. 65.

¹³³ FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, M. E., «Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal de la igualdad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo X, 1993, Madrid, p. 59.

¹³⁴ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Tecnos-Universidad de la Rioja, Madrid, 1998, p. 46.

¹³⁵ GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 48.

¹³⁶ GONZÁLEZ AYALA, M. D., *El Estado social en España*; en AA.VV., *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX*, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 1996, p. 174.

*es decir, como creación de las condiciones mínimas para que todas las personas estén en condiciones de ejercer su libertad de elección»*¹³⁷. Consiste ésta en la necesidad de que los poderes públicos garanticen, por sí o a través de otros, la satisfacción de unas necesidades básicas, cuya carencia impide a los grupos desfavorecidos el goce de la libertad social y la posibilidad de elegir libremente sus planes de vida.

Del mismo modo que la igualdad ante la Ley es entendida con dos significados básicos, la igualdad en la Ley y la igualdad en aplicación de la Ley, la igualdad material se puede descomponer en una doble dimensión. Así, para Alarcón Cabrera, la igualdad material debe entenderse, de una parte, como igualdad como punto de partida o *«como no discriminación de ningún individuo en el ejercicio y desarrollo de sus aptitudes de cara a su participación en el proceso productivo, la cultura»*¹³⁸, o en cualquier otra faceta de la organización social. De otra, la igualdad como punto de llegada, como consecuencia de un conjunto de medidas tomadas por los poderes públicos a fin de conseguir una igual satisfacción de las necesidades humanas y una pareja calidad de vida.

La igualdad material no exige del legislador ni de los otros poderes públicos que se abstengan de introducir discriminaciones no justificadas, tanto en el contenido como en la aplicación de las normas jurídicas, sino que dicte las medidas necesarias para alcanzar la igualdad efectiva. Este es el mandato del artículo 9.2 de nuestra Constitución, el *«mandato para realizar la igualdad material»*¹³⁹. Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional para quien las exigencias del artículo 9.2 conllevan, *«a fin de promover la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, finalidad que, en ocasiones, exige una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la Ley»*¹⁴⁰. El establecimiento de desigualdades jurídicas para crear igualdad real sólo puede realizarse desde las instituciones y así numerosos derechos prestacionales *«son expresiones concretas de la igualdad sustancial, pues consisten en dar o en hacer a*

¹³⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Ética, poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 67.

¹³⁸ ALARCÓN CABRERA, C., *Reflexiones sobre la igualdad material*, Anuario de Filosofía del Derecho, IV, 1987, p. 31.

¹³⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, ob. cit., p. 162.

¹⁴⁰ STC 27/1981, de 20 de julio. En el mismo sentido, STC 83/1984, de 24 de julio, y 109/1993, de 25 de marzo.

*favor de algunos individuos según ciertos criterios que introducen inevitablemente desigualdades normativas»*¹⁴¹.

Ante determinadas situaciones de desigualdad real se ha puesto de manifiesto que la mera igualdad formal no sólo no corrige esa situación, sino que la perpetúa y agranda¹⁴². En su Sentencia 109/1983, de 29 de noviembre, el Tribunal Constitucional, cuestionada la constitucionalidad de la exigencia de la Ley de Procedimiento Laboral de consignación de la cantidad objeto de la condena impuesta sólo al empresario y no al trabajador, entiende que dicha exigencia no vulnera lo establecido en el artículo 14 de la Constitución. Ésta no va a no suponer una discriminación para aquél y un privilegio para éste. Pues tal norma constitucional *«no establece un principio de igualdad absoluto que impide admitir circunstancias objetivas que razonablemente justifiquen la desigualdad de tratamiento legal, y aún con mayor razón cuando las circunstancias de hecho sean desiguales y el establecimiento de trato distinto tenga por precisa función el restablecimiento de la igualdad real que previamente era inexistente»*¹⁴³. El Tribunal Constitucional es consciente de la desigualdad económica de empresario y trabajador y de su distinta posición, dimanante de la situación jurídica que les liga: el contrato de trabajo. Éste coloca al primero en una posición prevalente y de superioridad, y al segundo de dependencia y subordinación. Por lo tanto, existe una clara desigualdad subjetiva, que el ordenamiento jurídico debe tratar de forma diferenciada. Esta desigualdad, caracterizada por la desigualdad socioeconómica del trabajador respecto del empresario, se reduce mediante el adecuado establecimiento de medidas igualatorias a través del Derecho laboral¹⁴⁴.

Mediante el Derecho laboral que se constituye como un ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección, al menos en parte, de las

¹⁴¹ PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios y derechos*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas». Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 1998, p. 81.

¹⁴² Sobre los límites y ambigüedad del principio de igualdad formal, *vid.* RUBIO, A., *Igualdad y diferencia. ¿Dos principios jurídicos?*, *ob. cit.*

¹⁴³ Por tanto la igualdad no se concibe como una absoluta identidad de trato, *«la concepción moderna de la igualdad ante la Ley no puede prescindir de las exigencias concretas de la experiencia jurídica para definir las y valorarlas. (...) La mera forma de regulación general y abstracta, y de aplicación igual de la Ley, no es garantía suficiente para la igualdad»*.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, *ob. cit.*, pp. 48-49.

¹⁴⁴ En el mismo sentido, SSTC 3/1983, de 25 de enero; 65/1983, de 21 de julio, y 114/1983, de 6 de diciembre, entre otras.

desigualdades fundamentales, «*el legislador, al regular las relaciones de trabajo, contempla necesariamente categorías y no individuos concretos y, constatando la desigualdad socioeconómica del trabajador respecto del empresario, pretende reducirla mediante el adecuado establecimiento de medidas igualatorias*»¹⁴⁵. La inicial desigualdad del trabajador puede corregirse mediante normas sustantivas, pero también mediante normas procesales cuyo contenido exprese diferencias jurídicas que impiden o reducen la desigualdad material y que no puede recibir una valoración negativa, «*en la medida en que la desigualdad procesal establecida aparezca razonablemente ligada a tal finalidad y sea proporcionada a la desigualdad material existente*»¹⁴⁶.

Ante determinadas situaciones, en las que la realidad social o económica coloca en una posición claramente desventajosa a un colectivo de personas, posiciones como la anterior de objetiva inferioridad y manifiesta desigualdad, no puede, sin más, aplicarse el principio de igualdad formal ya que produciría un claro efecto perverso *desigualtorio*, ahondando aún con mayor profundidad en las diferencias que separan a determinadas categorías de individuos. En estos caso, y así lo exige el artículo 9.2, es necesario tratar de manera desigual a aquellos que la realidad social coloca en posiciones también desiguales, para lograr la igualdad efectiva y, en este sentido, la idea de diferenciación va a suponer «*un complemento y un apoyo de las de generalidad y equiparación y permite una operatividad racional del principio de igualdad ante la ley*»¹⁴⁷. Es decir, la igualdad garantizada por el artículo 14 no es el límite, sino el presupuesto necesario, pero no siempre suficiente de la igualdad real y efectiva del artículo 9.2. La igualdad del artículo 14 es «*un mínimo negativo e indeclinable a partir del cual puede operar una política positiva de remoción de obstáculos*»¹⁴⁸, creando las condiciones necesarias que permitan alcanzar una mayor igualdad material, social y cultural entre los ciudadanos.

Las ideas anteriores encuentran su consagración expresa en el artículo 9.2 de la Constitución al imponer a los poderes públicos la obligación de «*promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y*

¹⁴⁵ STC 3/1983, de 25 de enero.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ PÉREZ LUÑO, A. E., *El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales*, ob. cit., p. 268.

¹⁴⁸ RUIZ MIGUEL, A., *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, ob. cit., p. 80.

efectivas». Para el Tribunal Constitucional, «con esta disposición se está superando el más limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio igualdad acorde con la definición del artículo 1 que constituye a España como un Estado democrático y social de Derecho, por lo que en definitiva se ajusta a la Constitución (...) un mínimo de desigualdad formal (...), pues lo contrario equivaldría, paradójicamente, a fomentar mediante el recurso a la igualdad formal una acrecentada desigualdad material en perjuicio» de los que parten de una posición de desventaja y en vulneración del artículo 9.2 CE.

De lo recogido hasta ahora de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional podemos extraer, al menos, dos conclusiones importantes:

a) El principio de igualdad, ante determinadas situaciones, contiene un mandato de desigualdad o diferenciación: «es precisa la desigualdad formal para lograr la igualdad real»¹⁴⁹.

b) La diferenciación ha de ser razonable y proporcionada a la finalidad perseguida y a la desigualdad material existente.

Aceptar que el principio de igualdad contiene un mandato para corregir las desigualdades materiales o reales mediante el tratamiento diferenciado nos sitúa en lo que el profesor Peces-Barba denomina «modelo de la especificación por medio de la igualdad como diferenciación»¹⁵⁰.

¹⁴⁹ STC 68/1991, de 8 de abril.

Como ya se ha dicho, en este aspecto existe una conexión entre la interdicción de discriminación del artículo 14 y el mandato del artículo 9.2, ambos de la Constitución, que implica la posibilidad de que se adopten medidas que traten de asegurar la igualdad efectiva de oportunidades entre los grupos sociales tradicionalmente discriminados y aquellos otros que no lo han sido. Así, la consecución de este objetivo igualitario «permite el establecimiento de un "derecho desigual igualitario", es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva igualdad (...), para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad» del colectivo socialmente desfavorecido. STC 229/1992, de 14 de diciembre.

¹⁵⁰ Con el profesor PECES-BARBA podemos distinguir tres modelos de derechos humanos, a partir de las revoluciones liberales:

a) El modelo de discriminación normativa, donde la diferencia entre los sexos, razas, etc., era relevante para un tratamiento discriminatorio en determinados ámbitos, social, laboral, político y familiar y suponía su exclusión jurídica del goce de determinados derechos.

b) El modelo de la igualdad normativa como equiparación, en donde las diferencias, como el sexo, raza, condición social, etc., no se consideran relevantes para justificar legalmente un trato desigual.

c) El modelo de la especificación por medio de la igualdad como diferenciación, que asume la diferente posición que ocupan los distintos colectivos y la insuficiencia del modelo anterior para superar esas desigualdades. Este último modelo utiliza la igualdad como diferenciación para superar la desigualdad.

Son varios los fenómenos que en el transcurso de la evolución histórica de los derechos humanos han sido determinantes, especialmente los procesos de positivación, de generalización, de internacionalización y de especificación¹⁵¹. En este momento el que nos interesa es el último de los citados.

El proceso de especificación se produce en relación tanto con los titulares como con el contenido de los derechos. Me centraré, sin embargo, exclusivamente en el primero de los aspectos.

El proceso de especificación respecto de los titulares de los derechos¹⁵² se produce partiendo «*de la idea de considerar a los derechos más vinculados a las personas concretas de sus titulares*»¹⁵³. Para la especificación se consideran relevantes una serie de circunstancias o situaciones de las que deriva una posición de inferioridad o debilidad que el Derecho debe intentar paliar o corregir. Se trata de *status* sociales que por razones culturales, físicas o psicológicas y de papel en el seno de las sociedades desarrolladas implican una desigualdad de partida «*que se considera relevante, porque impide o dificulta el pleno desarrollo moral de las personas, fin último de los derechos, y se interviene para alcanzar la satisfacción de esas necesidades que impiden la igualdad mínima*»¹⁵⁴. Para conseguir este objetivo se utiliza la técnica de la igualdad como diferenciación, especialmente a través de la denominada discriminación inversa o positiva y en

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «De la Igualdad normativa a la igualdad de hecho. Las cuotas femeninas en las elecciones», en LÓPEZ GARCÍA, J. A., y DEL REAL, A. (eds.), *Los Derechos, entre la ética, el poder y el Derecho*, Dykinson-Universidad de Jaén, 2000, pp. 173-174.

Vid. también PECES-BARBA MARTÍNEZ y otros, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1995. Especialmente «El proceso de especificación», pp. 180 y ss., y «La igualdad», pp. 283 y ss.

¹⁵¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ y otros, *Curso de Derechos fundamentales. Teoría general*, ob. cit., pp. 154 y ss.

¹⁵² Para BOBBIO, esta nueva línea de tendencia, la especificación, «*consiste en el paso gradual, pero siempre muy acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de derechos. (...) Así respecto al abstracto hombre, que había encontrado la primera especificación en el "ciudadano" (...) se ha puesto de relieve la exigencia de responder con ulteriores especificaciones a la pregunta ¿qué hombre, qué ciudadano?*». Esas especificaciones se han producido respecto al género, a distintas fases de la vida o a determinados estados que se consideran relevantes, como ser incapaz, etc.

BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, p. 109.

¹⁵³ PECES-BARBA MARTÍNEZ y otros, *Curso de Derechos fundamentales. Teoría general*, ob. cit., p. 181.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 182.

general a través de las acciones positivas, que considera titulares de los derechos sólo a quienes parten de esa posición desfavorable.

Lo que va a caracterizar a esos derechos otorgados específicamente a los colectivos desfavorecidos es, desde el punto de vista de los medios empleados, que utilizan la técnica diferenciación, pero desde el punto de vista de los objetivos *«utilizan la técnica de la equiparación»*¹⁵⁵. Es decir, los derechos que se otorgan separada y específicamente a colectivos marginados para remediar esas situaciones de inferioridad de las que parten, puesto que se establecen sólo para estos colectivos, van a implicar un trato diferente respecto de aquellos que no se encuentran en esta situación de inferioridad. La finalidad perseguida con estas medidas es que esos colectivos puedan equipararse al resto de los ciudadanos *«que no están concernidos y no son titulares de esos derechos porque no los necesitan»*¹⁵⁶.

B) La acción positiva según el Tribunal Constitucional

Son dos los tipos de políticas que se utilizan para paliar aquellas situaciones de desigualdad más arraigadas: las políticas de las acciones positivas y las de discriminación inversa. Acciones positivas son, en general, cualquier medida que se adopte con la finalidad de conseguir mayor igualdad social. La discriminación inversa se caracteriza por ser una medida extrema que se aplica en casos también de extrema gravedad. En ambos casos se trata de medidas que pretenden evitar la exclusión, producir integración igualitaria y equilibrio social y son *«exigencias derivadas de la igualdad, pero también de la solidaridad»*¹⁵⁷.

Siguiendo a Alfonso Ruiz Miguel, pueden reducirse a dos los requisitos para distinguir las medidas de discriminación inversa del resto de las medidas de acción positiva: *«la atribución de una preferencia por determinados rasgos y la existencia de una particular escasez de recursos»*¹⁵⁸.

¹⁵⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «La universalidad de los derechos humanos», *DOXA*, núm. 15-16, vol. II, 1994, p. 626.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 627.

¹⁵⁷ DE LUCAS, J., *La Igualdad ante la Ley*, en GARZÓN VALDÉS, E., y LAPORTA, F., *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, p. 498.

¹⁵⁸ RUIZ MIGUEL, A., «La discriminación inversa y el caso Kalanke», *DOXA*, núm. 19, 1996, p. 127. En el mismo sentido, REY MARTÍNEZ, F., «Discriminación positiva de mujeres (Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 47, mayo-agosto de 1996, pp. 325 y ss.

La discriminación inversa favorece a aquellos grupos históricamente discriminados e implica, por un lado, desigualdad y, por otro, la relevancia de un rasgo «*sospechoso*», sexo, raza, etc. Por otra parte, es condición necesaria para distinguir la discriminación inversa de otras acciones positivas más moderadas «*su localización en posiciones de particular escasez y, por tanto, de fuerte competitividad*»¹⁵⁹ como son, por ejemplo, los cargos políticos, los puestos de responsabilidad en el ámbito laboral o las plazas universitarias¹⁶⁰. Para este autor, menos relevante es la cuestión de que al tratarse de puestos especialmente codiciados la discriminación inversa se instrumentalice mediante cuotas, a través de «puntos extra», etc.¹⁶¹.

Por otra parte, se ha destacado que el carácter diferenciador de la discriminación inversa o positiva respecto de otro tipo de acciones positivas moderadas «*estriba en que provocan un daño directo en los miembros de grupos no beneficiados*»¹⁶². No se trata, como en el caso de las acciones positivas más moderadas, de no participar de determinados beneficios reservados a colectivos históricamente desfavorecidos, sino de «*perder bienes sociales escasos y codiciados que les hubieran correspondido si no se hubiera tenido en cuenta favorablemente el rasgo*»¹⁶³ (raza, sexo, discapacidad) en el proceso de selección.

Así pues, otro rasgo que distingue la discriminación inversa de otras acciones positivas más moderadas es que las primeras se caracterizan por actuar en situaciones de escasez, implicando un perjuicio para aquél excluido por no pertenecer al grupo «privilegiado» por tal medida¹⁶⁴. Frente a ellas, la acción positiva (más moderada) no realiza una lesión directa sobre terceros.

¹⁵⁹ *Ibidem*, pp. 126-127.

Vid. también RUIZ MIGUEL, A., *Discriminación inversa e igualdad*, en VALCÁRCEL, A. (Comp.), *El concepto de igualdad*, Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 1994, pp. 77 y ss.

¹⁶⁰ Sobre esta última cuestión pueden verse a modo de ejemplo los casos «Sweatt» y «DeFunis» comentados por DWORKIN en su análisis sobre «La discriminación inversa», en *Los derechos en serio*, Ariel, 1995, pp. 327 y ss.

¹⁶¹ RUIZ MIGUEL, A., *La discriminación inversa y el caso Kalanke*, ob. cit., p. 127.

¹⁶² GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 78.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ No es, sin embargo, ésta una cuestión pacífica en la distinción entre acciones positivas y discriminación inversa. Vid. BARRÈRE UNZUETA, M. A., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, ob. cit., especialmente pp. 93 y ss.

Para iniciar el análisis de la postura del Tribunal Constitucional en relación con esta cuestión debemos recordar el contenido de la Sentencia de 16 de julio de 1987, ya que se trata de la primera ocasión en la que se pronuncia, declarándola ajustada a la Constitución, sobre una acción positiva.

Debemos insistir en la idea de que las concretas prohibiciones de discriminación expresamente contenidas en el artículo 14 de la Constitución, aunque no suponen una lista cerrada de supuestos prohibidos de discriminación, está claro que representan una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, no sólo por la práctica social, sino también por la propia acción de los poderes públicos, a determinados sectores de la población en posiciones de desventaja y abiertamente contrarias a la dignidad de la persona. En concreto, la expresa exclusión de discriminación por razón de sexo del artículo 14 halla su razón de ser *«en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la posición femenina»*.

Precisamente, como asimismo destaca el Tribunal Constitucional, la realidad social nos demuestra que las dificultades a las que se enfrenta ese colectivo, dimanantes directamente de esa situación de histórica inferioridad, especialmente las que se refieren al acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo, persisten aún hoy. Por ello la situación actual es de hecho, claramente, muy distante de una situación de igualdad. Ello, sin embargo, no justifica la adopción de cualquier medida *«favorable»* a la mujer. Pues, como reiteradamente ha venido estableciendo este mismo Tribunal ¹⁶⁵, *«la protección de la mujer por sí sola no es razón suficiente para justificar la diferenciación, ni es suficiente tampoco que el sujeto beneficiario de la protección sea mujer, en cuanto tal mujer, pues ello, en tales términos, es evidentemente contrario al artículo 14 CE.»* Además, muchas de esas medidas *protectoras* adoptadas por los poderes públicos, especialmente en el orden laboral, reproducen los mismos valores sociales que han mantenido a la mujer en una posición de inferioridad en el mundo laboral (y en otros). Y así, *«partiendo de presupuestos de inferioridad física, o de una mayor vocación (u obligación) hacia las tareas familiares, diversas disposiciones han venido a establecer diferencias de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, que, aunque aparentemente resulten de índole*

¹⁶⁵ Entre otras, SSTC 81/1982, de 21 de diciembre; 7/1983, de 14 de febrero, y STC 317/1994, de 28 de noviembre.

*le protectora, perpetúan y reproducen, en la práctica, la posición de inferioridad social de la población femenina»*¹⁶⁶.

No obstante estas consideraciones, no puede deducirse sin más que cualquier diferenciación de trato que beneficie a un grupo o categoría de personas que venga definido, entre otros factores concurrentes, por el sexo suponga una vulneración del artículo 14 de la Constitución, pues *«no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad»*. Es más, *«el tratamiento diverso de situaciones distintas puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los Poderes Públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva»*¹⁶⁷.

Así pues, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad la actuación de los Poderes Públicos encaminada a remediar la situación de determinados grupos sociales, definidos en este caso por el sexo y colocados en posiciones de indiscutible desventaja, por tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables, aun cuando dicha actuación suponga un trato más favorable para estos grupos. No sólo no pueden considerarse opuestas al principio de igualdad las medidas más favorables que se adopten, *«sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes.»*

Por tanto, no será contraria al principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución la desigualdad en el tratamiento respecto de determinados grupos y categorías sociales a los que la realidad de los hechos coloca en una situación claramente desventajosa, y en tanto esa realidad perdure las medidas tendentes a favorecerlos no pueden considerarse discriminatorias,

¹⁶⁶ En el mismo sentido destaca la Sentencia del Tribunal Constitucional 229/1992, de 14 de diciembre, que determinadas medidas protectoras *«parten de prejuicios infundados que responden a una división sexista del trabajo.»*

En todos estos casos —citados en ésta y en la nota anterior—, el Tribunal Constitucional distingue las acciones positivas de las denominadas «acciones protectoras», es decir, de aquellas medidas que partiendo de una concepción de inferioridad de la mujer tratan teórica y «benévola» de favorecerla, aunque en la práctica perpetúan la discriminación. Vid. GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, ob. cit.

¹⁶⁷ Además de en la sentencia que estamos analizando (STC 128/1987, de 16 de julio), el Tribunal Constitucional recoge esta misma idea en otras sentencias, tanto anteriores, SSTC 34/1981, de 10 de noviembre, y 3/1983, de 25 de enero, como posteriores, SSTC 216/1991, de 14 de noviembre, y 28/1992, de 9 de marzo.

ya que tales medidas de acción positiva están destinadas «*a paliar la discriminación sufrida por ese conjunto social y responde(n) al mandato constitucional contenido en el artículo 9.2 CE*».

Esta interpretación del Tribunal Constitucional del artículo 14 en relación con el 9.2 supone la superación de la hipotética contradicción entre el principio de igualdad y la acción positiva del legislador tendente a corregir las diferencias producidas en la sociedad ¹⁶⁸. Por ello, no podrán reputarse de discriminatorias sino, al contrario, tendentes a conseguir la igualdad efectiva aquellas acciones «*de favorecimiento, siquiera temporal, que (los poderes públicos) emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que mediante un trato especial más favorable vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial*» ¹⁶⁹. Es decir, para el Tribunal Constitucional el objetivo de promover una real y efectiva equiparación de la mujer con el hombre justifica la adopción de determinadas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer, y la desigual situación de partida que padece podrá ser corregida mediante este tipo singular de medidas ¹⁷⁰.

El Tribunal Constitucional admite, pues, sin ambages la constitucionalidad de las acciones positivas moderadas. Queda ahora por analizar su postura frente a la discriminación inversa. La ocasión en que ha tenido oportunidad de manifestarse a este respecto fue en relación con la reserva de un número determinado de plazas para discapacitados en la Administración canaria en la Sentencia 269/1994, de 3 de octubre.

Se trataría de aquel supuesto extremo de acción positiva en la que concurrirían los rasgos caracterizadores de la discriminación inversa, esto es, la atribución de una preferencia por determinados rasgos y la existencia

¹⁶⁸ Para RUBIO LLORENTE «*el entendimiento rigurosamente "igualitario" del principio sólo opera, y aún con algunas limitaciones, en el ámbito de los derechos políticos y las libertades y, en consecuencia, nada impide en principio al legislador dotar de relevancia jurídica a esas diferencias*». Sin embargo, como este mismo autor destaca, el problema se plantea, y de ahí la aparente contradicción porque en la mayoría de los casos los grupos que se encuentran en esa situación de desventaja social están definidos por alguno de los criterios discriminatorios prohibidos por la Constitución. De esta situación, a juicio de este autor, el legislador sólo puede salir con ayuda del Juez «*mediante una derogación parcial de la norma prohibitiva o, al menos, una considerable reducción de su eficacia*». RUBIO LLORENTE, F., «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, CEC, año 11, núm. 31, enero-abril, 1991, p. 35.

¹⁶⁹ STC 216/1991, de 14 de noviembre. En idéntico sentido la STC 28/1992, de 9 de marzo.

¹⁷⁰ STC 3/1993, de 14 de enero.

de una situación de escasez de recursos y de fuerte competitividad, originándose un perjuicio grave a terceros no incluidos en el grupo beneficiario de esta medida.

En este caso concreto se planteó la vulneración del artículo 14 de la Constitución al haber sido preterida una candidata en el acceso a una plaza en la Administración de la Comunidad Canaria a favor de otro que, aun teniendo una puntuación inferior a la suya, se acogió a la reserva de plazas para minusválidos establecida en la convocatoria (en el concurso existían seis plazas reservadas para discapacitados). La convocatoria establecía una diferencia de trato basada en la condición de la persona (su discapacidad) que colocaba en peor situación a aquellos candidatos que, a pesar de haber obtenido puntuaciones superiores, no se hallaban afectados por discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales.

El Tribunal Constitucional entendió que no se trataba de un supuesto de discriminación prohibida por el artículo 14, que es la que *«impide la adopción de tratamientos globalmente entorpecedores de la igualdad de trato o de oportunidades de ciertos grupos de sujetos»*¹⁷¹ y que se produce cuando dicho tratamiento tiene su origen en la concurrencia de los factores diferenciadores expresamente prohibidos por vulnerar la dignidad humana. Pues la interdicción de discriminación no prohíbe la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades que *«tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas»*¹⁷². La legitimidad de esas medidas, a juicio del Tribunal Constitucional, no plantea ninguna duda en cumplimiento del mandato del artículo 9.2 y en consonancia con el carácter social y democrático del Estado. Ahora bien, *«la legitimidad constitucional de medidas de esta naturaleza equiparadora de situaciones sociales de desventaja sólo puede ser valorada en el mismo sentido global, acorde con las dimensiones del fenómeno que trata de paliarse en que se han adoptado, adecuándose a su sentido y finalidad»*¹⁷³.

Es decir, la constitucionalidad de las medidas de discriminación inversa dependerá de la finalidad y sentido de la misma y de la dimensión

¹⁷¹ STC 269/1994, de 3 de octubre.

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ *Ibidem*.

de la desventaja que con su adopción se intenta paliar¹⁷⁴. En este caso la medida que adoptada consistió en la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo destinadas a trabajadores discapacitados, partiendo del hecho de que son un colectivo con grandes dificultades para acceder a un empleo. Por tanto y entendiendo que dicha medida pretende la inserción profesional de sujetos con grandes dificultades de acceso al mercado de trabajo, la medida adoptada por la Administración canaria no sólo no es contraria a la de igualdad *«sino que la hace posible y efectiva a través de un mecanismo, la reserva de plazas, que no restringe el derecho de los que opositan a las del turno libre (...) ni exceptúan a los sujetos favorecidos con la reserva, que quedan obligados a poner de manifiesto su aptitud para el desempeño de las plazas y a acreditar su idoneidad para el desarrollo de las funciones que le son inherentes»*¹⁷⁵.

Según lo analizado hasta este momento, a juicio del Tribunal Constitucional, la medida de discriminación inversa adoptada por la Administración canaria estaba plenamente justificada por las razones apuntadas, habida cuenta la finalidad perseguida, la gravedad de la situación de desigualdad real que se intenta corregir y la idoneidad de la medida. Es decir, el Tribunal Constitucional considera que la medida responde a *«una finalidad constitucional lo suficientemente deseable como para justificar un trato desigual: la lucha contra la discriminación de los discapacitados»*¹⁷⁶. Por ello entiendo que debemos concluir que el artículo 14 interpretado en relación con el 9.2 de la Constitución no impide la adopción de medidas de acción positiva, ni siquiera aquellas más extremas de discriminación inversa¹⁷⁷. Aunque supongan formalmente una diferenciación de trato, las medi-

¹⁷⁴ En esta línea, para ATIENZA una medida de discriminación inversa está justificada cuando se cumplen los siguientes dos principios: 1) Cuando resulte razonablemente eficaz y eficiente para alcanzar el objetivo perseguido, se trate de un objetivo socialmente importante, no exista ninguna otra medida alternativa para alcanzar ese objetivo, y 2) Corresponderá a quien pretenda utilizar esa medida de discriminación inversa la carga de la argumentación. En ATIENZA, M., «Un comentario al caso Kalanke», *DOXA*, núm. 19, Madrid, 1996, pp. 119-120.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad, acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, ob. cit., p. 201.

¹⁷⁷ Igualmente, ha tenido oportunidad de manifestarse a este respecto el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. De especial interés son las Sentencias de 17 de octubre de 1995 (C-450/1993) y de 11 de noviembre de 1997 (C-409/1995), asuntos *Kalanke* y *Marschall*, respectivamente. En la primera de ellas se establecen límites a las medidas de discriminación inversa, considerando que aquella norma que garantiza de forma absoluta e incondicional la preferencia de las mujeres en un nombramiento o promoción entraña una discriminación por razón de sexo y vulnera el princi-

das de acción positiva responden al objetivo de la tutela antidiscriminatoria y «no contradicen el principio de igualdad en cuanto prohibición de desigualdades de trato, irrazonables y desproporcionadas (y) tienen un propósito igualado mediante ventajas o preferencias que producen en su resultado un reequilibrio que asegura una mayor igualdad efectiva»¹⁷⁸.

Queda claro, pues, que la consecución de la igualdad sustancial permite el establecimiento de «un derecho desigual igualatorio», esto es, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias. Ahora bien, ¿permite el objetivo de lograr una sustancial y efectiva equiparación entre aquellos colectivos socialmente desfavorecidos y aquellos otros que no lo están ordenar un tratamiento desigual?

Pese al reconocimiento de que en determinados casos la realización de la igualdad sustancial exige del legislador el trato diferenciado para aquéllos que la realidad coloca en posiciones desiguales, el Tribunal Constitucional no ha admitido, salvo en raras ocasiones, la tutela a través del recurso de amparo de aquellas situaciones claramente diferenciadas que debiendo ser tratadas desigualmente son tratadas uniformemente por el legislador¹⁷⁹.

El Tribunal Constitucional aborda por primera vez esta cuestión en la Sentencia 86/1985, de 10 de julio. En ella se establece que la «“discriminación por indiferenciación” no puede situarse en el ámbito del artículo 14 CE. La igualdad declarada en este precepto, la única amparable en este cauce

pio de igualdad de trato entre hombres y mujeres del artículo 2 de la Directiva 76/207/CE del Consejo. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no ha invalidado la posibilidad de adopción de medidas de acción positiva e incluso de discriminación inversa, entendiendo que el apartado 4 del artículo anterior responde a la finalidad de «autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social» (STJCE de 11 de noviembre de 1997). Así, considera ajustada al principio de igualdad de trato la medida de discriminación inversa cuando el sistema de cuotas establezca una cláusula de apertura, es decir, cuando se garantice que todas las candidaturas «serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios de esos criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato masculino» (ibidem). Por tanto, no resultan incompatibles con la Directiva 76/207/CE las medidas de acción positiva, ni siquiera aquellas de discriminación inversa que constituyen un sistema de cuotas, lo que vulneraría el principio de igualdad de trato del artículo 2 sería «la forma rígida, automática y cerrada de ese régimen de cuotas». (RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la sentencia *Marschall* del TJCE», *Relaciones Laborales*, vol. II, 1997, p. 108.

¹⁷⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualación en los resultados», *Relaciones Laborales*, vol. II, 1996, p. 4.

¹⁷⁹ Vid. RUIZ MIGUEL, A., *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, ob. cit., pp. 76 y ss.

procesal, es la que impone que, ante situaciones no disímiles, la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos (...) y por ello, lo que el artículo 14 CE impide es la distinción infundada o discriminación». De acuerdo con el artículo 14, el legislador puede, en el respeto al canon de razonabilidad, diferenciar entre supuestos y hasta debe hacerlo, en obediencia a otros preceptos constitucionales, cuando su acción se orienta a la adjudicación de prestaciones a particulares. Sin embargo, esta vinculación positiva «es sólo relevante en el examen abstracto de la constitucionalidad de la Ley, porque no existe, antes de ella, un derecho fundamental a la singularización normativa».

El artículo 14 reconoce el derecho a no sufrir discriminaciones, «pero no el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato»¹⁸⁰. Aun en aquellos casos en los que se admita la desigualdad de los supuestos de hecho, ello no es causa para la obligatoriedad de un tratamiento normativo desigual, en base a una mayor realización de la igualdad sustancial. Es a la Ley a quien corresponde «apreciar las razones que pueden existir para establecer distintas exigencias en atención a las distintas situaciones de hecho»¹⁸¹. Admitir lo contrario, es decir, admitir la posibilidad de que a través del recurso de amparo el Tribunal Constitucional decidiese en qué casos es obligado, en base al mandato del artículo 9.2 de la Constitución y para salvaguardar el hipotético «derecho a la desigualdad» del artículo 14, supondría que el Tribunal Constitucional podría «imponer sus concepciones acerca de una legislación correcta, razonable o justa y desplazar las del legislador»¹⁸². Como es sabido, el objetivo de la consecución de la igualdad de hecho se presta a multitud de interpretaciones en cuanto a su alcance y a la prelación de las necesidades que deben ser atendidas¹⁸³. Por ello, el desarrollo de una política social por el Tribunal Constitucional «cercearía la libertad de configuración que en este campo se reconoce al legislador, único sujeto facultado para escoger, de entre las distintas concepciones, la que en cada ocasión debe imperar»¹⁸⁴.

¹⁸⁰ STC 48/1989, de 21 de febrero.

¹⁸¹ STC 20/1986, de 12 de febrero.

¹⁸² ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales. Trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, 1993, p. 399.

¹⁸³ Entre los diversos modos en los que ha sido la igualdad sustancial pueden destacarse fundamentalmente dos: la igualdad como punto de partida o igualdad de oportunidades, y la igualdad como punto de llegada, también denominada igualdad de resultados. Vid. FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., *Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal de la igualdad*, ob. cit.

¹⁸⁴ PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios y derechos*, ob. cit., p. 92.



Por tanto, el principio de igualdad sustancial debe englobar *aquellos supuestos en los que es preciso aplicar un tratamiento legal diferenciado a aquellos sujetos que se encuentran en una situación social distinta*¹⁸⁵ y de real desventaja; sin embargo, de ahí no puede derivarse un derecho subjetivo a un trato diferente¹⁸⁶.

IV. CONCLUSIÓN

Son varias las consecuencias que pueden extraerse del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en este ámbito. Podrían sintetizarse en la idea general de que la igualdad, en determinados casos, no impide la diferencia; sin embargo, en otras ocasiones la exige.

La igualdad, como principio de igualdad formal o ante la Ley, no impide la diferencia de trato, ni en el contenido, ni en la aplicación de la Ley. La igualdad es, en estos casos, sinónimo de no arbitrariedad. Frente al trato diferente dado por la norma o al diverso fallo judicial ante hechos sustancialmente iguales, la igualdad exige una justificación razonada y suficiente. En su ausencia, el Tribunal Constitucional hablará de la existencia de discriminación, tanto porque la desigualdad legal no haya respetado el límite impuesto por la exigencia de justificación como cuando la decisión judicial signifique una respuesta particular, no generalizable y por tanto injustificada.

La discriminación es así desigualdad no justificada, pero es algo más. La prohibición de discriminación impide el mantenimiento de determinadas diferencias históricamente arraigadas que han supuesto la marginación

¹⁸⁵ CARMONA CUENCA, E., *El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, ob. cit., p. 280.

¹⁸⁶ Pese a ello, para el profesor LUIS PRIETO, partiendo de la constatación de que el Tribunal Constitucional reconozca a alguien el derecho a una prestación porque así lo exige la igualdad material, significa que éste sustituiría al legislador realizando una labor positiva propiamente normativa, son admisibles tres supuestos en los que sería viable el reconocimiento de estas pretensiones de igualdad material formuladas «*como posiciones subjetivas amparadas por el derecho fundamental a la igualdad*». Estos tres supuestos son: 1) Aquellos casos en los que la igualdad material viene apoyada por un derecho fundamental de naturaleza prestacional directamente exigible (así se tiene derecho a la educación gratuita en ciertos niveles sin necesidad de invocar una exigencia de la igualdad material); 2) Cuando una pretensión de igualdad sustancial concurre con otro derecho fundamental, aun cuando no sea de naturaleza prestacional, como es el caso del derecho a la defensa y asistencia de Letrado; 3) Cuando una exigencia de igualdad sustancial viene acompañada por una exigencia de igualdad formal.

En PRIETO SANCHÍS, L., «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, septiembre-diciembre de 1995, pp. 33 y ss.

de determinados colectivos de personas, situándolas en posiciones de inferioridad, incompatibles con la idea de dignidad. La dignidad humana está estrechamente unida a la prohibición de discriminación en base a razones físicas o cuasifísicas, sociales o culturales, que se consideran irrelevantes para fundamentar un trato diferente. La igualdad es así igualdad como equiparación, como trato igual. Es una igualdad que impide que las causas anteriores sirvan de justificación para un tratamiento diferenciado.

Al lado de ésta existe, sin embargo, otra igualdad diferente: la igualdad material o substancial. Para su consecución se parte de la existencia, evidente, de una situación de desigualdad real que impide el idéntico disfrute de los derechos a todas las personas.

Esta igualdad no se alcanza prohibiendo el trato diferente, sino, al contrario, estableciendo diferentes tratamientos normativos, más favorables, para aquellos colectivos que parten de posiciones claramente desventajosas. Es la igualdad como diferenciación.

En un Estado social es impensable la una sin la otra. La IGUALDAD exige las dos, que se complementan. Defender exclusivamente la igualdad formal equivale a instaurar definitivamente la desigualdad, ya que a través de la rigurosa equiparación formal se perpetuarían las desigualdades materiales. La igualdad real y efectiva a la que se refiere el artículo 9.2 de la Constitución exige el tratamiento diferenciado y específico para determinados colectivos. Así lo ha entendido sin ambigüedades, que no sin límites, el Tribunal Constitucional. Esta igualdad es la que legitima el Estado social y la que debe impedir que una gran mayoría de ciudadanos «no pueda desplegar todas sus potencialidades ni usar en plenitud la libertad social, política y jurídica, y, por consiguiente, frustrar su proyecto vital o hacerlo con un esfuerzo heroico que no es exigible a un hombre normal»¹⁸⁷.



¹⁸⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Legitimidad del poder y justicia del Derecho*, en AA.VV., *Curso de teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 341.